SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera)
de 15 de diciembre de 2005 *

En el asunto T-262/04,

BIC SA, con domicilio social en Clichy (Francia), representada por los Sres. M.-P. Escande y A. Guillemin, abogados,

parte demandante,

contra

Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI), representada por el Sr. A. Folliard-Monguiral, en calidad de agente,

parte demandada,

que tiene por objeto una demanda de anulación de la resolución de la Cuarta Sala de Recurso de la OAMI de 6 de abril de 2004 (asunto R 468/2003-4), relativa al registro como marca comunitaria de un signo tridimensional constituido por la forma de un encendedor de piedra,

* Lengua de procedimiento: francés.

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Tercera),

integrado por el Sr. M. Jaeger, Presidente, y el Sr. J. Azizi y la Sra. E. Cremona, Jueces;

Secretaria: Sra. B. Pastor, Secretaria adjunta;

visto el escrito de demanda presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 25 de junio de 2004;

visto el escrito de contestación presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 13 de septiembre de 2004;

celebrada la vista el 11 de mayo de 2005;

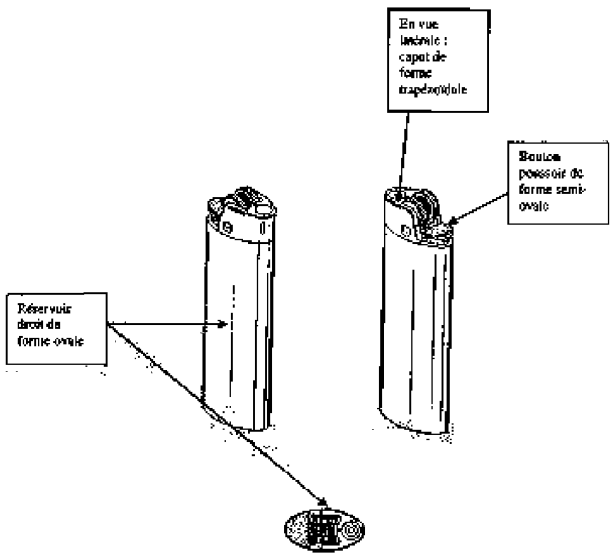
dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

1 El 5 de julio de 2000, la demandante presentó una solicitud de marca comunitaria a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI), al amparo del Reglamento (CE) nº 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO 1994, L 11, p. 1), en su versión modificada.

2 La marca cuyo registro se solicitó es el signo tridimensional que se reproduce a continuación:



3 Los productos para los que se solicitó el registro de la marca están comprendidos en la clase 34 del Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, de 15 de junio de 1957, en su versión revisada y modificada, y responden a la descripción siguiente: «Tabaco, artículos para fumadores, encendedores, cerillas». En la solicitud no figura ninguna indicación relativa al color.

4 El 5 de junio de 2003, el examinador desestimó la solicitud de registro para los productos «artículos para fumadores, encendedores», por carecer el signo controvertido de carácter distintivo.

5 El 29 de julio de 2003, la demandante interpuso un recurso ante la OAMI, con arreglo a los artículos 57 a 62 del Reglamento nº 40/94, contra la decisión del examinador.

6 El recurso fue desestimado por resolución de la Cuarta Sala de Recurso de 6 de abril de 2004 (en lo sucesivo, «Resolución impugnada»). La Sala de Recurso consideró esencialmente, que la marca solicitada carecía de carácter distintivo en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94 y que los datos aportados no demostraban que hubiese adquirido tal carácter por el uso.

Pretensiones de las partes

7 La demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Resolución impugnada.

— Condene en costas a la OAMI.

8 La OAMI solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la demandante si el recurso se desestima en su totalidad.

— Condene a la demandante a cargar con sus propias costas si la Resolución impugnada se anula sólo parcialmente.

Fundamentos de Derecho

9 La demandante invoca dos motivos en apoyo de su recurso, basados respectivamente en la infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), y en la del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94.

Sobre el primer motivo, basado en la infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94

Alegaciones de las partes

10 Según la demandante, el carácter distintivo de la forma de su encendedor, que ostenta una cuota de mercado del 44 % en Europa, no ofrece ninguna duda cuando se la compara con las otras formas de encendedor más representativas del mercado. La apreciación del carácter distintivo debe efectuarse, a su juicio, en relación con los siguientes encendedores: CRICKET (16 % de cuota de mercado), TOKAÏ (16 % de cuota de mercado), TOM FLAME, BAÏDE y PROF (tres marcas de encendedores asiáticos que ostentan el 23 % de la cuota de mercado), CLIPPER y BRIO (1 % de cuota de mercado).

11 La demandante manifiesta que, a la vista de esos encendedores, la forma del suyo se revela como la forma de un producto claramente individualizado y se distingue de las formas tradicionales de los otros productos que se encuentran en el mismo mercado.

12 El razonamiento de la OAMI contiene, a su juicio, una contradicción, en la medida en que ésta considera que los detalles de la forma que constituyen la marca que se solicita son habituales en el mercado, al tiempo que señala que esos detalles se distinguen de los que presentan los demás encendedores, incluso si tal distinción es «poco perceptible» o «poco discernible».

13 A su modo de ver, la lectura de la Resolución de la OAMI deja entender, además, que el mercado europeo del encendedor se refiere a un producto uniforme, con características idénticas en todos los fabricantes, cuando en realidad el examinador destacó, por su parte, la diversidad de los productos existentes en el mercado.

14 La demandante sostiene también que la apreciación de la OAMI constituye una aplicación equivocada del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, al basarse en un análisis parcial de la forma controvertida que deriva de una comparación de cada uno de sus detalles con los de los diferentes modelos de encendedores existentes en el mercado sin prestar atención al modo en que esos detalles están dispuestos.

15 La demandante llama la atención sobre el hecho de que ninguna de las demás formas de encendedores actualmente disponibles en el mercado reúne el conjunto de características del encendedor amparado por la marca que se solicitó, en particular la combinación de un depósito vertical de forma oval, una cápsula trapezoidal y un gatillo semioval. Según la demandante, aunque las características de la forma que constituye la marca solicitada no se diferencien suficientemente de los detalles de las otras formas de encendedores para atribuir un carácter distintivo a cada una, no es menos cierto que su combinación resulta específica, lo que permite conferir al conjunto el necesario carácter distintivo para su registro como marca comunitaria. Si ciertos encendedores presentan, gracias a un elemento similar, una forma parecida a la que es objeto de controversia, ello no es más que la imitación de una de sus características y no del conjunto.

16 Según expone la demandante, la forma del encendedor no viene determinada por la naturaleza o la función del producto y no se demostró que la forma del encendedor fuera, en el momento de la solicitud de la marca tridimensional, una forma necesaria del producto, por lo que no podía poseer el carácter distintivo de una marca.

17 En consecuencia, según la demandante, debe anularse la Resolución de la OAMI en la medida en que estimó que la marca solicitada estaba desprovista de carácter distintivo *prima facie*.

18 La OAMI estima que la Sala de Recurso consideró fundadamente que la marca solicitada no era distintiva, a los ojos del público relevante, en relación con los productos mencionados.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

19 Con arreglo al artículo 4 del Reglamento nº 40/94, la forma de un producto puede constituir una marca comunitaria, con la condición de que sea apropiada para distinguir los productos de una empresa de los de otras empresas. Además, a tenor del artículo 7, apartado 1, letra b), de ese Reglamento, se denegará el registro de las «las marcas que carezcan de carácter distintivo».

20 Debe recordarse, en primer lugar, que, según la jurisprudencia, las marcas a que se refiere el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94 son, en particular, aquéllas que, desde el punto de vista del público relevante, se utilizan corrientemente en el comercio para la presentación de los productos o de los servicios de que se trate, o con respecto a las cuales existen, al menos, indicios concretos que permiten inferir que pueden utilizarse de esta manera. Por lo demás,

los signos a que se refiere dicha disposición no son idóneos para cumplir la función esencial de la marca, es decir, identificar el origen del producto o servicio, permitiendo así al consumidor que adquiere el producto o el servicio amparado por la marca repetir la experiencia, si resulta positiva, o evitarla, si resulta negativa, en una adquisición posterior [sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 3 de diciembre de 2003, Nestlé Waters France/OAMI (Forma de una botella), T-305/02, Rec. p. II-5207, apartado 28; de 31 de marzo de 2004, Fieldturf/OAMI (LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS), T-216/02, Rec p. II-1023, apartados 23 y 24, y de 24 de noviembre de 2004, Henkel/OAMI (Forma de un frasco blanco y transparente), T-393/02, Rec. p. II-4115, apartado 30].

21 Por tanto, el carácter distintivo de una marca debe apreciarse, por una parte, en relación con los productos o servicios para los que se solicita el registro y, por otra, con la percepción que de ellos tiene el público relevante [sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Procter & Gamble/OAMI, asuntos acumulados C-468/01 P a C-472/01 P, Rec. p. I-5141, apartado 33; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 2003, Axions y Belce/OAMI (Forma de puro de color marrón y forma de lingote dorado), asuntos acumulados T-324/01 y T-110/02, Rec. p. II-1897, apartado 30; Forma de una botella, antes citada en el apartado 20, apartado 29, y Forma de un frasco blanco y transparente, antes citada en el apartado 20, apartado 32].

22 En lo que afecta a los productos mencionados en la solicitud de la marca, debe recordarse que el signo que la demandante desea registrar consiste en la forma de un producto, a saber, un encendedor de piedra caracterizado por un depósito vertical de forma oval, una cápsula trapezoidal y un gatillo semioval, de modo que los productos que se deben tener en cuenta para valorar el carácter distintivo de la marca solicitada son los encendedores de piedra.

23 En lo que se refiere al público relevante, debe tenerse en cuenta que los encendedores de piedra son productos de consumo corriente destinados al conjunto de los consumidores. El carácter distintivo debe, pues, apreciarse teniendo en cuenta

las expectativas que se presumen al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (sentencias Procter & Gamble/OAMI, antes citada en el apartado 21, apartado 33; Forma de puro de color marrón y forma de lingote dorado, antes citada en el apartado 21, apartado 31; Forma de una botella, antes citada en el apartado 20, apartado 33, y Forma de un frasco blanco y transparente, antes citada en el apartado 20, apartado 33; véase también, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, Rec. p. I-1619).

24 En segundo lugar, debe recordarse que, según la jurisprudencia, los criterios de apreciación del carácter distintivo de las marcas tridimensionales constituidas por la forma del propio producto no son diferentes de los aplicados a otras clases de marcas (sentencias Forma de puro de color marrón y forma de lingote dorado, antes citada en el apartado 21, apartado 32, y Forma de una botella, antes citada en el apartado 20, apartado 35; véanse también, por analogía, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, Philips, C-299/99, Rec. p. I-5475, apartado 48, y de 8 de abril de 2003, Linde y otros, asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01, Rec. p. I-3161, apartados 42 y 46).

25 Sin embargo, se debe tener en cuenta que, en el marco de la aplicación de dichos criterios, la percepción del público relevante no es necesariamente la misma en el caso de una marca tridimensional constituida por la forma del propio producto que en el caso de una marca denominativa o figurativa, que consiste en un signo independiente del aspecto de los productos que designa. En efecto, los consumidores medios no suelen presumir el origen de los productos basándose en su forma o en la de su envase, al margen de todo elemento gráfico o textual y, por consiguiente, puede resultar más difícil acreditar el carácter distintivo cuando se trate de una marca tridimensional que cuando se trate de una marca denominativa o figurativa (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Henkel/OAMI, asuntos acumulados C-456/01 P y C-457/01 P, Rec. p. I-5089, apartado 38).

26 En estas circunstancias, cuanto más se acerque la forma cuyo registro se solicita a la forma más probable que tendrá el producto de que se trata, más verosímil será que

dicha forma carezca de carácter distintivo en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94. Sólo una marca que, de una manera significativa difiera de la norma o de los usos de ese ramo y que, por este motivo cumpla su función esencial de indicación del origen no está desprovista de carácter distintivo a efectos de la citada disposición (sentencia Procter & Gamble/OAMI, antes citada en el apartado 21, apartado 37).

27 Procede también recordar que en la percepción de la marca por el público relevante, en este caso el consumidor medio, influye su nivel de atención, que puede variar en función de la categoría de productos o servicios de que se trate [sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 5 de marzo de 2003, Unilever/OAMI (Pastilla ovoide), T-194/01, Rec. p. II-383, apartado 42, y Forma de una botella, antes citada en el apartado 20, apartado 34].

28 A este respecto, debe indicarse que la Sala de Recurso actuó acertadamente al destacar que un encendedor es un objeto de reducido tamaño cuyos detalles son, en consecuencia, difícilmente perceptibles. Al tratarse de productos de consumo corriente, el nivel de atención del consumidor medio sobre la forma del encendedor no es alto.

29 Debe recordarse, en tercer lugar, que según la jurisprudencia, para comprobar si el público percibe la forma del producto de que se trata como una indicación del origen de éste, procede examinar la impresión de conjunto que produce esta forma (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2002, DKV/OAMI, C-104/00 P, Rec. p. I-7561, apartado 24). Sin embargo, esto no es incompatible con un examen sucesivo de los diferentes elementos de

presentación utilizados (sentencias Procter & Gamble/OAMI, antes citada en el apartado 21, apartado 45, y Pastilla ovoide, antes citada en el apartado 27, apartado 54).

30 En este sentido, el Tribunal de Primera Instancia observa, tal como acertadamente puso de manifiesto la Sala de Recurso en el apartado 11 de la Resolución impugnada, que la forma oblonga y vertical del depósito es la que se evoca de manera natural cuando se piensa en un objeto destinado a tenerlo en la mano y es también la forma más habitual de un encendedor de piedra. Se diferencia poco de los modelos cuyo depósito se estrecha ligeramente en la base. En cuanto a la forma oval del depósito de la marca solicitada, el Tribunal de Primera Instancia comprueba que esta forma casi no se diferencia de la de los modelos habituales que tienen los bordes redondeados.

31 En lo que se refiere a la forma trapezoidal de la cápsula, debe indicarse que, como señaló la Sala de Recurso en el apartado 12 de la Resolución impugnada, una cápsula de esta forma se diferencia muy poco de las cápsulas rectangulares y cuadradas de otros encendedores existentes en el mercado y todos ellos comparten la característica de ser cuadriláteros, lo que hace poco probable que el consumidor distinga la marca solicitada.

32 En cuanto a la forma semioval del gatillo de la marca solicitada, la Sala de Recurso afirmó con razón que ésta se distingue poco de la forma clásica (semicircular o cuadrada) del gatillo de otros encendedores de piedra que se encuentran en el mercado (apartado 13 de la Resolución impugnada).

33 El Tribunal observa, además, que cualquiera que sea la forma de estos encendedores, el sistema de encendido, que comprende una moleta, una cápsula y un gatillo, se sitúa en la parte superior del depósito.

34 A la vista de cuanto antecede, debe considerarse que la marca tridimensional solicitada está compuesta por una combinación de elementos que se evocan de manera natural y que son típicos de los productos de que se trata. En efecto, la forma en cuestión no se diferencia de manera sustancial de ciertas formas básicas de los productos de que se trata, frecuentemente utilizadas en el comercio, sino que es más bien una variante de éstas. De ello se deduce, como bien pone de manifiesto la Sala de Recurso, que ninguno de los elementos de dicha marca posee carácter distintivo, ni aisladamente considerado ni en combinación con los demás.

35 Además, dado que el consumidor medio presta en general poca atención a los detalles de la forma del encendedor y sólo tiene una visión de conjunto de la misma, dicha forma no permite al público relevante distinguir, de forma inmediata y cierta, los encendedores de piedra de la demandante de los de otra procedencia comercial. Por tanto, dicha forma carece de carácter distintivo en relación con esos productos.

36 Del conjunto de las consideraciones efectuadas se desprende que la Sala de Recurso estimó correctamente que la marca solicitada carece de carácter distintivo en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94.

37 Por ello procede desestimar el motivo basado en la infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94.

Sobre el segundo motivo, basado en la infracción del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94

Alegaciones de las partes

38 La demandante sostiene que en el caso de autos se cumplen todos los requisitos enunciados en la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 1999, Windsurfing Chiemsee (asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97, Rec. p. I-2779), apartados 51 y 53, para apreciar que una marca ha adquirido carácter distintivo por el uso. Así, en lo que se refiere a la cuota de mercado, las ventas de la demandante en 2002 representaron el 44 % del mercado europeo de encendedores. En cuanto a la intensidad del uso, la demandante manifiesta que vende más de un tercio de sus encendedores en los Estados miembros de la Unión Europea.

39 En lo que afecta a la extensión geográfica del uso, la demandante se refiere a dos sondeos que aportó al debate y que, a su juicio, demuestran que una parte importante del público relevante atribuye a la demandante la forma del encendedor que constituye la marca cuyo registro se solicita. Indica además que en once países de la Unión Europea se le concedió el registro de la forma de su encendedor como marca y que esto se hizo *prima facie,* es decir, sin que necesitase aportar pruebas acerca del uso de su marca.

40 En cuanto a la duración del uso, la demandante llama la atención sobre el hecho de que su primer encendedor de piedra se comercializó en Francia en 1973.

41 Alega también que obtuvo un volumen de negocio de más de 350 millones de euros, apoyado por inversiones publicitarias y promocionales que, desde 1993, nunca han sido inferiores a 55 millones de euros. Esas inversiones muestran, a su juicio, que el consumidor de este tipo de producto –al haberlo visto en la publicidad, los medios

de comunicación y los puntos de venta– lo reconoce y presume que procede de ella.

42 En lo que atañe a la proporción de los sectores interesados que identifican el producto atribuyéndole una procedencia empresarial determinada, la demandante afirma que los destinatarios principales de los encendedores que comercializa son los fumadores y que casi todos ellos le atribuyen la forma que constituye la marca que solicita. Alega además que, al cabo de los años, su encendedor se ha convertido en un objeto clásico del siglo XX, dotado de una fuerte identidad, lo que le confiere su carácter distintivo. La demandante aporta, en apoyo de este razonamiento, extractos de libros y revistas franceses.

43 Por lo demás, afirma que sus distribuidores, en su mayor parte establecidos en países de la Unión Europea, confirmaron que los encendedores BIC constituyen una parte significativa de su actividad y que los consumidores los reconocen con creces.

44 La demandante reprocha a la Sala de Recurso el haber estimado que los elementos que aportó no permitían concluir que la marca solicitada había adquirido carácter distintivo por el uso al entender que esos elementos no guardan una relación suficientemente clara con dicha marca y que esa relación no había quedado acreditada en la fecha de la presentación de la solicitud.

45 En primer lugar, en lo que atañe a la relación entre las pruebas y la marca solicitada, la demandante sostiene que la Sala de Recurso valoró de forma errónea las cifras aportadas con objeto de demostrar que la importancia de sus inversiones no se vinculaban de forma suficientemente clara con la marca solicitada porque no se referían solamente a los encendedores sino también a las maquinillas de afeitar y a los bolígrafos que fabrica. La demandante indica a este respecto que le resulta difícil

aportar cifras específicamente referidas a los encendedores puesto que, desde hace treinta años, se ha especializado en la fabricación y comercialización de tres productos, a saber, bolígrafos, encendedores y maquinillas de afeitar, caracterizados por su homogeneidad en tanto que se trata de una gama de productos desechables. Esta particularidad provoca, según expone, que la mínima inversión publicitaria o promocional realizada para uno de los tres productos beneficia inevitablemente a los otros dos.

46 La demandante añade que, si bien no aportó cifras concretas para las inversiones relativas a los encendedores, sí proporcionó datos referidos a la aplicación de esas inversiones ya que adjuntó numerosos recortes de prensa y de revistas de tirada internacional, diferentes anuncios de televisión y cinematográficos, así como ejemplos de colaboraciones de repercusión mundial.

47 La demandante subraya que, en todo caso, a la vista de la Resolución impugnada, logró contabilizar separadamente las inversiones promocionales y publicitarias –para los ejercicios posteriores a 1998– teniendo solamente en cuenta las destinadas a los encendedores. En cuanto a los ejercicios anteriores a 1998, la demandante explica que las inversiones fueron similares, o incluso superiores, ya que éstas son determinantes en el momento del lanzamiento de un producto.

48 En lo que se refiere a la afirmación de la Sala de Recurso según la cual la mayor parte de las pruebas aportadas no permiten determinar si se refieren a la marca solicitada, la demandante sostiene, en primer lugar, que la Sala de Recurso actuó de manera errónea e injustificada al considerar que carecía de relevancia la tabla relativa al volumen de ventas. La Sala de Recurso estimó a este respecto que ningún elemento permite saber si se trataba del encendedor correspondiente a la forma que constituye la marca solicitada y que no era suficiente la indicación de la demandante

de que sólo comercializaba dos clases de encendedores. La demandante precisa a este respecto que las cifras que comunicó con ocasión del recurso contra la decisión del examinador sólo se referían a los encendedores de piedra.

49 La demandante manifiesta, en segundo lugar, que la Sala de Recurso se equivocó al entender que no había quedado acreditaba la relación entre la forma que constituye la marca solicitada y las declaraciones de los distribuidores que certificaban las ventas correspondientes al «encendedor BIC classic». Recuerda que el encendedor de piedra se creó en 1973 mientras que el electrónico apareció en 1991. Fue entonces cuando, de manera natural y por comodidad, empezó a usarse la denominación «BIC classic» para diferenciar el encendedor de piedra –ya habitual y familiar para el público– del que tiene encendido electrónico.

50 En su opinión, también yerra la Sala de Recurso al estimar que no puede darse total credibilidad a las aseveraciones de los distribuidores puesto que comparten intereses con la demandante. A este respecto, ésta última manifiesta que, si bien no puede negarse la relación comercial que la une a dichos distribuidores, ellos no tendrían ningún interés en dar fe del considerable éxito comercial de la forma en cuestión si no estuviesen convencidos de ello, ya que, de no ser así, su interés consistiría en comercializar otro producto.

51 En lo que se refiere a la afirmación de la Sala de Recurso según la cual es difícil identificar qué lleva al público a reconocer el origen de un producto, la demandante entiende que dicha Sala no podía considerar que el signo cuyo registro solicitó aparece cubierto por colores, un logotipo o un signo denominativo especialmente distintivos, de manera que resulta difícil determinar cuál es el elemento –o elementos– que conduce al público a identificar que un producto corresponde a la demandante. A su entender, el color es, en efecto, secundario, y su logotipo y la marca BIC son poco visibles una vez que están estampados en el encendedor.

52 En segundo lugar, la demandante estima que carecen absolutamente de pertinencia los motivos de la Resolución impugnada que indican que los sondeos efectuados por la demandante en España y en Francia, Italia, Irlanda, Grecia, Suecia y Portugal, respectivamente, no pueden tenerse en cuenta porque su fecha de realización (julio y noviembre de 2002) es posterior a la fecha de presentación de la solicitud de registro.

53 La demandante recuerda que los resultados aportados, derivados de los dos sondeos, demuestran que la forma que constituye la marca solicitada ha adquirido en el territorio de la Unión Europea, de manera irrefutable, un carácter distintivo por el uso. Afirma asimismo que, precisamente por haber comercializado esta forma de modo intensivo en el territorio de la Unión Europea desde hace treinta años, pudo demostrar a través de los sondeos realizados la adquisición del carácter distintivo de la marca solicitada. Sostiene que los resultados de los sondeos habrían sido sustancialmente los mismos si se hubieran efectuado el día anterior a la solicitud de registro.

54 Considera por ello la demandante que estos elementos en conjunto prueban que la forma que constituye la marca solicitada había adquirido carácter distintivo por el uso con anterioridad a la fecha de la solicitud.

55 La OAMI manifiesta que la apreciación de la Sala de Recurso en relación con la no adquisición de carácter distintivo por el uso que se hizo de la marca se adecua tanto al tenor del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO 1989, L 40, p. 1), a la luz del cual debe interpretarse el artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94, como a la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia.

56 La OAMI mantiene que, en lo que se refiere al parámetro geográfico, según se desprende de una lectura conjunta del artículo 7, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 40/94, la adquisición del carácter distintivo debe demostrarse en la parte de la Comunidad en la que la marca carecía del mismo.

57 A este respecto, la OAMI considera que la exigencia geográfica impuesta por el artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94 se cumple cuando se demuestra la adquisición del carácter distintivo en las diferentes «regiones» de la Comunidad o, en otras palabras, en las distintas «partes» del mercado común (centro, este, oeste, sur y norte).

58 En el caso de autos, la OAMI advierte que no se aportó ninguna indicación acerca de la percepción de la marca en la parte central de la Comunidad (Alemania y Austria) y en un Estado miembro importante en tamaño y población de la parte oeste (Reino Unido).

59 En consecuencia, la OAMI estima que está justificada la denegación del registro de la marca.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

60 En virtud del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94, los motivos absolutos previstos en el artículo 7, apartado 1, letras b) a d), del mismo no se oponen al registro de una marca si ésta ha adquirido un carácter distintivo, respecto de los productos para los cuales se solicita el registro, como consecuencia del uso que se haya hecho de la misma.

61 En primer lugar, se desprende de la jurisprudencia que la adquisición de un carácter distintivo como consecuencia del uso de la marca exige que, al menos, una parte significativa del público pertinente identifique, gracias a la marca, los productos o servicios de que se trate, atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada [sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2004, Eurocermex/OAMI (Forma de una botella de cerveza), T-399/02, Rec. p. II-1391, apartado 42; véanse también, por analogía, las sentencias Windsurfing Chiemsee, antes citada en el apartado 38, apartado 52, y Philips, antes citada en el apartado 24, apartados 61 y 62].

62 En segundo lugar, para obtener el registro de una marca en virtud del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94, el carácter distintivo adquirido como consecuencia del uso de esa marca debe demostrarse en la parte sustancial de la Comunidad en la que carecía de tal carácter distintivo con arreglo al artículo 7, apartado 1, letras b) a d), de dicho Reglamento [sentencias del Tribunal de Primera Instancia Forma de una botella de cerveza, antes citada en el apartado 61, apartado 43, y de 5 de marzo de 2003, Alcon/OAMI — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), T-237/01, Rec. p. II-411, apartado 52; véase igualmente, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de marzo de 2000, Ford Motor/OAMI (OPTIONS), T-91/99, Rec. p. II-1925, apartados 26 y 27].

63 En tercer lugar, debe destacarse que el Tribunal de Justicia estimó en la sentencia Windsurfing Chiemsee, antes citada en el apartado 38 (apartado 49), que, «para determinar si una marca ha adquirido carácter distintivo debido al uso que se ha hecho de ella, la autoridad competente debe apreciar globalmente los elementos que pueden demostrar que la marca ha pasado a ser apta para identificar el producto de que se trate atribuyéndole una procedencia empresarial determinada y para distinguir este producto de los de otras empresas».

64 A este respecto, conviene tomar en consideración, en particular, la cuota de mercado de la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso de la marca, la magnitud de las inversiones realizadas por la empresa para promocionarla, la proporción de los sectores interesados que identifica el producto atribuyéndole una procedencia empresarial determinada gracias a la marca, las declaraciones de las

cámaras de comercio e industria o de otras asociaciones profesionales, así como los sondeos de opinión (véase, en este sentido, la sentencia Forma de una botella de cerveza, antes citada en el apartado 61, apartado 44; véanse igualmente, por analogía, las sentencias Windsurfing Chiemsee, antes citada en el apartado 38, apartado 51 y Philips, antes citada en el apartado 24, apartado 60).

65 En cuarto lugar, el carácter distintivo de una marca, incluido el adquirido como consecuencia del uso, debe apreciarse en relación con los productos para los que se solicita el registro de la misma, y tomando en consideración la percepción que se presume en un consumidor medio de la categoría de productos de que se trata, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véase, por analogía, la sentencia Philips, antes citada en el apartado 24, apartados 59 y 63).

66 Por último, la adquisición de un carácter distintivo como consecuencia del uso debe haber tenido lugar con anterioridad a la presentación de la solicitud de marca [sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2002, eCopy/OAMI (ECOPY), T-247/01, Rec. p. II-5301, apartado 36; véase también, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 2004, El Corte Inglés/OAMI — Pucci (EMILIO PUCCI), T-8/03, Rec. p. II-4297, apartados 71 y 72].

67 A la luz de estas consideraciones debe examinarse si, en el presente asunto, la Sala de Recurso incurrió en un error de Derecho al desestimar la alegación de la demandante basada en que debería haberse admitido el registro de la marca solicitada para los productos de que se trata en virtud del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94.

68 La Resolución impugnada no contiene ninguna apreciación en cuanto a la parte de la Comunidad en la que la marca solicitada carece de carácter distintivo a los efectos

del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94. Sin embargo, en el caso de las marcas no denominativas, como la que es objeto del presente asunto, debe presumirse que la apreciación de su carácter distintivo es la misma en toda la Comunidad, a menos que existan indicios concretos en sentido contrario.

69 En lo que se refiere a la prueba de la adquisición del carácter distintivo por el uso, el Tribunal de Primera Instancia considera que, en el caso de autos, aquélla debe referirse a una parte sustancial de la Comunidad.

70 Deben pues examinarse las pruebas aportadas a este respecto por la demandante.

71 En lo que respecta, en primer lugar, a las tablas que contienen las inversiones publicitarias y promocionales efectuadas para la marca solicitada, la Sala de Recurso estimó correctamente que eran insuficientes las pruebas presentadas en relación con esas inversiones. En efecto, los datos acerca de las inversiones publicitarias y promocionales se refieren a todos los productos conjuntamente y no sólo a los encendedores de piedra cuya forma es objeto de la marca controvertida. La demandante admite, en relación con esto, que no aportó cifras específicas sobre las inversiones correspondientes a los encendedores. Resulta por tanto imposible establecer un vínculo entre las cifras que figuran en esas tablas y la marca solicitada.

72 En lo que se refiere a la tabla que contiene las cifras de las inversiones promocionales y publicitarias correspondientes a los encendedores en los años posteriores a 1998, así como al escrito del conservador del Museo de Arte Moderno de Nueva York, de 15 de abril de 2004, debe destacarse que la demandante presentó dichos documentos como anexo a su demanda. La Sala de Recurso sólo está

obligada a tener en cuenta un elemento de prueba que puede ser pertinente para apreciar la adquisición de un carácter distintivo como consecuencia del uso si el solicitante de la marca lo ha presentado durante el procedimiento administrativo ante la OAMI (sentencia ECOPY, antes citada en el apartado 66, apartado 48). Por lo tanto, estos documentos, que no fueron aportados durante el procedimiento administrativo ante la OAMI, no permiten cuestionar la legalidad de la Resolución impugnada.

73 La tabla que contiene el volumen de ventas del encendedor BIC de 1972 a 2001 y la que muestra la cuota de mercado del encendedor BIC también son insuficientes puesto que los datos que en ellas figuran se refieren a los encendedores BIC y no contienen ninguna indicación relativa específicamente a la marca que se solicita en el presente asunto, sin que exista ningún otro elemento adicional que permita saber si se trata del encendedor cuya forma constituye la marca solicitada.

74 En lo que atañe a la tabla relativa al volumen de ventas del encendedor BIC (de moleta) de 1997 a 2003, debe observarse que los datos que contiene se refieren al conjunto de la Comunidad, tal como ésta estaba integrada en aquel momento, junto con Noruega, Polonia y Suiza. Dado que en esta tabla se expresan de modo general los volúmenes de ventas en los países mencionados y no se hace distinción entre sus respectivos mercados nacionales, no puede ser tenida en cuenta para apreciar la adquisición del carácter distintivo de la marca derivado de su uso.

75 En lo que concierne a los registros en los Estados miembros de la forma que constituye la marca solicitada, el Tribunal de Primera Instancia destaca que la demandante manifestó ante la Sala de Recurso que dichos registros habían sido obtenidos sin probar la adquisición del carácter distintivo por el uso y que esto demuestra que el signo en cuestión posee un carácter distintivo intrínseco. Se desprende de ello que la Sala de Recurso no podía tomar en consideración tales registros al efecto de la aplicación del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94.

76 En relación con los artículos aparecidos en la prensa francesa y con el extracto del libro «Le Design» publicado por la editorial francesa SCALA, en los que se define el encendedor BIC como un objeto de diseño o de moda, debe resaltarse que sólo se refieren a la percepción que tiene el público francés del encendedor BIC, por lo que no pueden demostrar que la forma que constituye la marca solicitada haya adquirido un carácter distintivo por el uso en una parte sustancial de la Comunidad.

77 En cuanto al material publicitario presentado por la demandante, no contiene ninguna prueba concreta de los elementos mencionados en el apartado 64 de la presente sentencia. Además, no constituye prueba del uso de la marca, tal como fue solicitada, dado que, en todas las imágenes aportadas, la representación de la forma cuyo registro se solicita va acompañada de un signo denominativo y figurativo. Por lo tanto, este material no puede probar que el público relevante percibe que la marca solicitada, como tal, desnuda e independientemente del logotipo BIC, indica el origen comercial de los productos de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia Forma de una botella de cerveza, antes citada en el apartado 61, apartado 51).

78 Por lo que respecta a las declaraciones de los distribuidores que la demandante aportó al debate, procede recordar que, para apreciar el valor probatorio de un documento, es necesario, en primer lugar, comprobar la verosimilitud y la veracidad de la información que contiene. A este respecto, es necesario tener en cuenta, en especial, el origen del documento, las circunstancias de su elaboración, así como su destinatario, y preguntarse si, de acuerdo con su contenido, parece razonable y fidedigno [sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de junio de 2005, Lidl Stiftung/OAMI — REWE-Zentral (Salvita), T-303/03, Rec. p. II-1917, apartado 42].

79 En el presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia observa, en primer lugar, que ciertas declaraciones proceden de distribuidores como BIC Belgium SPRL, BIC Netherlands BV, BIC UK Ltd, BIC Violex SA, que, de acuerdo con el informe anual de 2002, son filiales de la demandante en las que tiene participaciones del 99 % al menos (excepto BIC Violex, de la cual posee el 50,5 %, y BIC Ballograf AB, en la que ostenta una participación del 16 %). Por otra parte, la demandante no refutó esta comprobación durante la vista. Debe resaltarse que, por tanto, dada la entidad del

vínculo que existe entre la demandante y sus filiales, esas declaraciones no constituyen, por sí solas, una prueba suficiente de que la marca solicitada ha adquirido carácter distintivo por el uso. Sólo tienen un valor indiciario que debe ser corroborado por otras pruebas. En segundo lugar, el Tribunal de Primera Instancia destaca que todas las declaraciones, incluidas las de los distribuidores distintos de las filiales o empresas en las que la demandante ostenta una participación, parecen haber sido dictadas por ésta ya que presentan idéntico contenido. En efecto, todas las declaraciones constituyen textos predefinidos, literalmente traducidos a diversas versiones lingüísticas y, en ocasiones, simplemente fotocopiados, que contienen espacios en blanco que posteriormente rellenaron los distribuidores. En tercer lugar, el Tribunal de Primera Instancia señala que, además, tales declaraciones no hacen ninguna referencia a datos relativos al volumen de las ventas realizadas en el territorio de que se trata y se limitan a meras afirmaciones de elogio en relación con la importancia que tienen para el declarante las ventas de los encendedores en cuestión.

80 Procede reseñar, asimismo, que dichas declaraciones sólo dejan constancia, a lo sumo, de que los productos de que se trata se distribuyen en los países en los que operan esos distribuidores y, por tanto, sólo demuestran la extensión geográfica de esa distribución de los productos amparados por la marca solicitada, lo que no es más que uno de los elementos que pueden valorarse para apreciar la adquisición de un carácter distintivo por el uso de la marca solicitada, constituida únicamente por la forma de un encendedor.

81 A la vista de cuanto precede, es forzoso concluir que las declaraciones de los distribuidores que aportó la demandante tienen un valor probatorio insuficiente.

82 Por último, en lo que concierne a los dos sondeos realizados por la demandante después de la presentación de la solicitud de registro de la marca, pero durante el procedimiento administrativo, a saber, en julio y en noviembre de 2002, debe destacarse que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las pruebas del uso de la marca posteriores a la fecha de presentación de la solicitud sólo pueden tenerse

en cuenta si permiten extraer conclusiones sobre dicho uso tal como éste se efectuaba en esa fecha (véanse, en este sentido, los autos del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 2004, La Mer Technology, C-259/02, Rec. p. I-1159, apartado 31, y de 5 de octubre de 2004 Alcon/OAMI, C-192/03 P, Rec. p. I-8993, apartado 41).

83 En el caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia estima que los sondeos en cuestión no demuestran que el público pertinente identifique los productos de que se trata gracias a la forma que constituye la marca, atribuyéndoles la procedencia de la empresa BIC y no la de otra empresa.

84 En cuanto al sondeo realizado en noviembre de 2002 entre fumadores en Francia, Italia, Irlanda, Grecia, Suecia y Portugal, el Tribunal de Primera Instancia comprueba que a las personas encuestadas sólo se les mostró un dibujo o una fotografía de los encendedores BIC, sin más elementos denominativos o figurativos, y se les preguntó a qué marca asociaban de forma más directa la imagen de ese encendedor. No puede por tanto considerarse que ese sondeo demuestre que una parte significativa de los consumidores franceses, italianos, irlandeses, griegos, suecos y portugueses identifiquen, gracias a la marca solicitada, el producto en cuestión, atribuyéndole la procedencia de la empresa BIC y no la de otra empresa. Diferente hubiera sido que en los sondeos se hubieran mostrado distintas formas de encendedores en lugar de presentar únicamente la forma que constituye la marca solicitada. En ese caso se hubiera podido tener en cuenta cuántas personas atribuían la imagen de la forma en cuestión a la empresa BIC de forma espontánea, sin influencia alguna.

85 Debe destacarse también que, en caso de que las personas encuestadas no supiesen responder a dicha pregunta, se les ofrecía una lista de marcas denominativas (BIC, CLIPPER, TOKAÏ, CRICKET, y otras), invitándolas a seleccionar una respuesta.

86 Pues bien, de ser cierto, como sostiene la demandante, que la empresa BIC es responsable de la creación del mercado de los encendedores de piedra desechables en 1973 y que es la «líder en el mercado de los encendedores», sería totalmente

lógico y previsible que la marca BIC fuese la primera evocada por los encuestados, con independencia de la forma que se les presentase. Esto es así con mayor motivo cuando la pregunta formulada conllevaba una lista de marcas denominativas a las que podía asociarse la forma que se mostraba. A este respecto, debe observarse que la propia demandante admitió durante la vista que la respuesta a la pregunta planteada en ese último caso podía, en efecto, haber estado influenciada.

87 Idénticas consideraciones resultan obligadas en relación con el sondeo efectuado en España en julio de 2002, también entre fumadores. En ese sondeo, se mostraba a las personas encuestadas la imagen de la forma del encendedor MiniBIC J5, que no es sino la versión reducida de la forma que constituye la marca solicitada, junto con una lista de diferentes marcas denominativas (BIC, CLIPPER, BRIO o TOKAÏ), con el objeto de saber a qué marca asociaban la imagen presentada. Por ello, no puede considerarse que ese sondeo demuestre que una parte significativa de los consumidores españoles identifique el producto en cuestión, atribuyéndole la procedencia de la empresa BIC y distinguiéndolo de los productos de otras empresas.

88 Por añadidura, el Tribunal de Primera Instancia comprueba que la imagen del encendedor que se les presentó a los fumadores españoles encuestados con motivo de dicho sondeo muestra el encendedor de frente y no en oblicuo, de modo que los encuestados no podían reconocer la forma oval del depósito, que es, sin embargo, según la demandante, una de las tres características distintivas del encendedor BIC respecto de otros encendedores existentes en el mercado.

89 Del conjunto de las observaciones expuestas se desprende que la Sala de Recurso consideró adecuadamente que la demandante no demostró que la marca solicitada en el presente asunto había adquirido un carácter distintivo por el uso que se había hecho de ella en una parte sustancial de la Comunidad.

90 En consecuencia, procede también desestimar el segundo motivo así como la totalidad del recurso.

Costas

91 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones formuladas por la demandante, procede condenarla en costas, de acuerdo con lo solicitado por la OAMI.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera)

decide:

1) Desestimar el recurso.

2) Condenar en costas a la demandante.

Jaeger Azizi Cremona

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 15 de diciembre de 2005.

El Secretario El Presidente

E. Coulon M. Jaeger