AZ ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁG ÍTÉLETE (harmadik tanács)

2005. december 15. *

A T-262/04. sz. ügyben,

a **BIC SA** (székhelye: Clichy [Franciaország], képviselik: M.-P. Escande és A. Guillemin ügyvédek)

felperesnek

a **Belső Piaci Harmonizációs Hivatal (védjegyek és formatervezési minták) (OHIM)** (képviseli: A.. Folliard-Monguiral, meghatalmazotti minőségben)

alperes ellen,

az OHIM negyedik fellebbezési tanácsának 2004. április 6-i (R 468/2003-4. sz. ügy), egy tűzköves öngyújtó formájában megjelenő térbeli védjegy közösségi védjegyként történő lajstromozása ügyében hozott határozatának hatályon kívül helyezése iránti kereset tárgyában,

* Az eljárás nyelve: francia.

AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁGA(harmadik tanács),

tagjai: M. Jaeger elnök, J. Azizi és E. Cremona bírák,

hivatalvezető: B. Pastor hivatalvezető-helyettes,

tekintettel az Elsőfokú Bíróság Hivatalához 2004. június 25-én benyújtott keresetlevélre,

tekintettel az Elsőfokú Bíróság Hivatalához 2004. szeptember 13-án benyújtott válaszbeadványra,

a 2005. május 11-i tárgyalást követően,

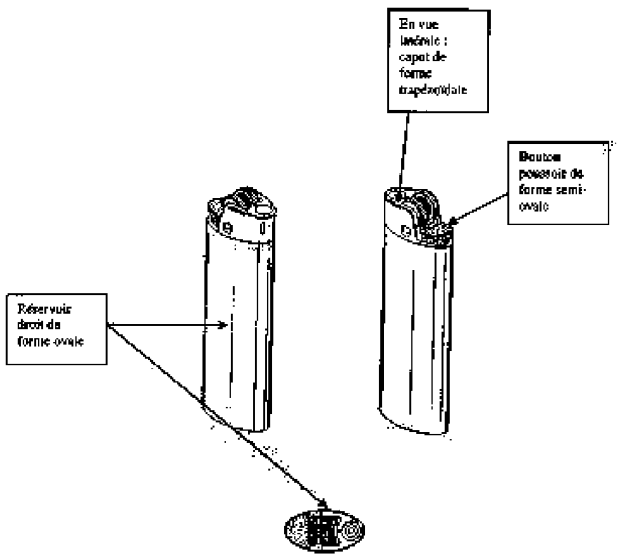
meghozta a következő

Ítéletet

A jogvita előzményei

1 2000. július 5-én a felperes a közösségi védjegyről szóló, 1993. december 20-i 40/94/EK módosított tanácsi rendelet (HL 1994. L 11., 1. o., magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, 1. kötet, 146. o.) alapján közösségi védjegybejelentési kérelmet nyújtott be a Belső Piaci Harmonizációs Hivatalhoz (védjegyek és formatervezési minták) (OHIM).

2 A lajstromoztatni kívánt védjegy az alábbi térbeli megjelölés volt:



3 A bejelentést a védjegyekkel ellátható termékek és szolgáltatások nemzetközi osztályozására vonatkozó, felülvizsgált és módosított, 1957. június 15-i Nizzai Megállapodás szerinti 34. osztályba tartozó árukkal kapcsolatban tették, az alábbi leírással: „Dohány, dohányzási cikkek, öngyújtók, gyufák". A védjegybejelentésben szín nem került feltüntetésre.

4 2003. június 5-én az elbíráló elutasította a védjegybejelentést a „dohányzási cikkek, öngyújtók" vonatkozásában, azon okból, hogy a szóban forgó megjelölés nem bír megkülönböztető képességgel.

5 2003. július 29-én a felperes a 40/94 rendelet 57–62. cikkei alapján fellebbezést nyújtott be az elbíráló határozata ellen.

6 A fellebbezést a negyedik fellebbezési tanács 2004 április 6-i határozatával (a továbbiakban: megtámadott határozat) elutasította. A fellebbezési tanács lényegében úgy ítélte meg, hogy a bejelentett védjegy nem bír megkülönböztető képességgel a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja értelmében, és a benyújtott bizonyítékok nem teszik lehetővé annak megállapítását, hogy ezt a megkülönböztető képességet használata révén megszerezte volna.

A felek kérelmei

7 A felperes azt kéri, hogy az Elsőfokú Bíróság:

– helyezze hatályon kívül a megtámadott határozatot;

– az OHIM-ot kötelezze a költségek viselésére.

8 Az OHIM azt kéri, hogy az Elsőfokú Bíróság:

– utasítsa el a keresetet;

– a felperest kötelezze a költségek viselésére, amennyiben az Elsőfokú Bíróság a keresetet teljes egészében elutasítja;

– a felperest kötelezze a saját részéről felmerült költségek viselésére, amennyiben az Elsőfokú Bíróság a megtámadott határozatot csak részben helyezi hatályon kívül.

Az ügy érdeméről

9 Keresete alátámasztására a felperes két, a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja, illetve 7. cikke (3) bekezdése megsértéséből eredő jogalapra hivatkozik.

Az első, a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdése b) pontjának megsértéséből eredő jogalapról

A felek érvei

10 A felperes álláspontja szerint az Európában 44%-os részesedéssel rendelkező öngyújtója formájának megkülönböztető képességét a piacon jelen levő legreprezentatívabb öngyújtók formájával összehasonlítva nem lehet kétségbe vonni. A megkülönböztető képesség értékelését az alábbi öngyújtók tekintetében kell elvégezni: CRICKET (16%-os piaci részesedés), TOKAÏ (16%-os piaci részesedés), TOM FLAME, BAÏDE és PROF (három ázsiai öngyújtómárka, amelyek 23%-os piaci részesedéssel rendelkeznek), CLIPPER és BRIO (1%-os piaci részesedés).

11 A felperes arra hivatkozik, hogy ezen öngyújtókkal összehasonlítva az ő öngyújtója erőteljesen egyedi jellegű áru formájában jelenik meg, így az ugyanazon piacon jelen levő egyéb áruk hagyományos formáitól eltér.

12 Az OHIM gondolatmenete ellentmondást tartalmaz, mivel azt állítja, hogy a bejelentett védjegy formáját alkotó részletek szokásosak a piacon, ugyanakkor megállapítja, hogy ugyanezen részletek különböznek a többi öngyújtók részleteitől, noha ezek a különbségek „kevéssé észlelhetők", vagy „kevéssé megkülönböztethetőek".

13 Az OHIM határozatából egyébiránt az is kiolvasható, hogy az európai öngyújtó-piac egységes árun nyugszik, amely valamennyi gyártónál azonos jellegzetességeket mutat, noha az elbíráló a maga részéről megállapította a piacon jelenlevő áruk sokféleségét.

14 A felperes fenntartja továbbá, hogy az OHIM értékelése, amely a szóban forgó forma töredékes, valamint ezeknek a részleteknek az öngyújtópiacon jelen levő különböző modellek részleteivel történő összehasonlításából származó elemzésén alapul, anélkül, hogy tekintetbe venné e részletek elrendezésének módját, a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdése b) pontjának helytelen alkalmazását valósítja meg.

15 A felperes e tekintetben felhívja a figyelmet arra, hogy a piacon jelenleg hozzáférhető egyéb öngyújtóformák nem rendelkeznek a bejelentett védjeggyel megjelölt öngyújtó valamennyi jellegzetességével, amely egy egyenes, ovális formájú üzemanyagtartály, trapéz alakú fedél és félovális nyomógomb kombinációja. Noha a bejelentett védjegyet alkotó forma jellemzői a többi öngyújtóformától nem kellően különböznek részleteikben ahhoz, hogy valamennyi részlet rendelkezzen megkülönböztető képességgel, ám ettől még a felperes álláspontja szerint összetételük különlegesnek bizonyul, ennélfogva lehetővé teszi számára a közösségi védjegyként történő bejegyzéséhez szükséges megkülönböztető képesség megszerzését. Ha egyes öngyújtók egy hasonló elem folytán a szóban forgó formájúnak tűnnek is, csupán jellemzői egyikének és nem e jellemzők egészének utánzatáról van szó.

16 Az öngyújtó formája továbbá nem következik az áru jellegéből vagy funkciójából, és nem lehet megállapítani, hogy a térbeli védjegy bejelentésének benyújtása idején az öngyújtó formája szükségszerű volt, ennélfogva nem mutathatja fel egy védjegy megkülönböztető képességét.

17 A felperes álláspontja szerint az OHIM határozatát következésképpen hatályon kívül kell helyezni azon részében, melyben úgy véli, hogy a bejelentett védjegy nem bír *prima facie* megkülönböztető képességgel.

18 Az OHIM úgy véli, hogy a fellebbezési tanács határozatát arra a megállapításra alapozta, mely szerint a bejelentett védjegy az érintett vásárlóközönség nézőpontjából nem alkalmas a megkülönböztetésre az általa megjelölt áruk tekintetében.

Az Elsőfokú Bíróság álláspontja

19 A 40/94 rendelet 4. cikkének értelmében Közösségi védjegyoltalom tárgya lehet az áru formája, ha e megjelölés alkalmas arra, hogy valamely vállalkozás áruit vagy szolgáltatásait megkülönböztesse más vállalkozások áruitól vagy szolgáltatásaitól. Ezen felül, ugyanezen rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja értelmében a megjelölés nem részesülhet védjegyoltalomban, „ha nem alkalmas a megkülönböztetésre".

20 Először is emlékeztetni kell arra, hogy az ítélkezési gyakorlat értelmében a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja által érintett védjegyek „különösen azok a védjegyek, amelyeket az érintett vásárlóközönség szempontjából a kereskedelemben rendszerint az érintett áruk vagy szolgáltatások bemutatására használnak vagy legalábbis konkrét utalás alapján feltételezhető róluk, hogy ilyen módon használhatják őket". Egyébként az ezen rendelkezés által érintett megjelölések nem képesek betölteni a védjegy alapvető funkcióját, nevezetesen az áru vagy szolgáltatás

kereskedelmi eredetének azonosítását, lehetővé téve ily módon az adott védjeggyel megjelölt áru vagy szolgáltatás vásárlója számára, hogy egy későbbi vásárlás alkalmával pozitív tapasztalat esetén ugyanazt válassza, ,de amennyiben a védjegyről negatív tapasztalatot szerzett, mást válasszon (l. az Elsőfokú Bíróság T-305/02. sz., Nestlé Waters France kontra OHIM („egy palack formája") ügyben 2003. december 3-án hozott ítéletének [EBHT 2003., II-5207. o.] 28. pontját; a T-216/02. sz., Fieldturf kontra OHIM [LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS] ügyben 2004. március 31-én hozott ítéletének [EBHT 2004., II-1023. o.] 23. és 24. pontját és a T-393/02. sz.. Henkel kontra OHIM [„egy fehér és átlátszó flakon formája"] ügyben 2004. november 24-én hozott ítéletének [EBHT 2004., II-4115. o.] 30. pontját).

21 Tehát a megkülönböztető képesség kizárólag egyrészt a bejelentéssel érintett áruk és szolgáltatások, másrészt annak vonatkozásában ítélhető meg, milyen képet alkot róla az áruk vagy szolgáltatások fogyasztóiból álló érintett vásárlóközönség (l. a Bíróság C-468/01. P. – C-472/01. P. sz. Procter & Gamble kontra OHIM ügyben 2004. április 29-én hozott ítéletének [EBHT 2004., I-5141. o.] 33. pontját; az Elsőfokú Bíróság T-324/01. és T-110/02. sz., Axions és Belce kontra OHIM ügyekben („barna színű szivar formája" és „aranyrúd formája") 2003. április 30-án hozott ítéletének [EBHT 2003., II-1897. o.] 30. pontját; a fenti 20. pontban hivatkozott „egy palack formája" ítélet 29. pontját és a fenti 20. pontban hivatkozott „egy fehér és átlátszó flakon formája" ítélet 32. pontját).

22 A védjegybejelentésben megjelölt áruk vonatkozásában emlékeztetni kell arra, hogy a bejelentett megjelölést egy áru, nevezetesen egy öngyújtó formája alkotja, amelyet egy egyenes, ovális formájú üzemanyagtartály, trapéz alakú fedél és féloválís nyomógomb jellemez, tehát a bejelentett védjegy megkülönböztető képességének értékelése során tekintetbe veendő áruk a tűzköves öngyújtók.

23 Az érintett vásárlóközönség tekintetében meg kell állapítani, hogy a tűzköves öngyújtók olyan szokásos fogyasztási cikkek, amelyeket valamennyi fogyasztónak szánnak. A bejelentett védjegy megkülönböztető képességét tehát a szokásosan

tájékozott, ésszerűen figyelmes és körültekintő, átlagos fogyasztó feltételezhető elvárását figyelembe véve kell megítélni (l. a fenti 21. pontban hivatkozott Procter & Gamble kontra OHIM ítélet 33. pontját; a fenti 21. pontban hivatkozott „barna színű szivar formája" és „aranyrúd formája" ítélet 31. pontját; a fenti 20. pontban hivatkozott „egy palack formája" ítélet 33. pontját és a fenti 20. pontban hivatkozott „egy fehér és átlátszó flakon formája" ítélet 33. pontját; ennek megfelelően l. ugyancsak a Bíróság C-363/99. sz., Koninklijke KPN Nederland ügyben 2004. február 12-én hozott ítéletét [EBHT 2004., I-1619. o.].

24 Másodsorban emlékeztetni kell arra, hogy az ítélkezési gyakorlat értelmében az áruk formájából álló térbeli védjegyek megkülönböztető képessége értékelésének feltételei nem különböznek a védjegyek többi típusa tekintetében alkalmazottaktól (l. a fenti 21. pontban hivatkozott „barna színű szivar formája" és „aranyrúd formája" ítélet 32. pontját és a fenti 20. pontban hivatkozott „egy palack formája" ítélet 35. pontját; ennek megfelelően l. ugyancsak a Bíróság C-299/99. sz., Philips-ügyben 2002. június 18-án hozott ítéletének [EBHT 2002., I-5475. o.] 48. pontját és a C-53/01–C-55/01. sz., Linde és társai ügyben 2003. április 8-án hozott ítéletének [EBHT 2003., I-3161. o.] 42. és 46. pontját).

25 Ugyanakkor e feltételek alkalmazásának keretén belül figyelembe kell venni azt a tényt, hogy az érintett vásárlóközönség nem feltétlenül ugyanúgy észlel egy magának az árunak a formájából álló védjegyet, mint egy olyan szó- vagy ábrás védjegyet, amely az általa megjelölt áruk megjelenésétől független megjelölésből áll. Ugyanis az átlagfogyasztóknak nem szokásuk, hogy az áruk eredetére, bármiféle ábrás vagy szöveges elem hiányában azok formájából vagy csomagolásuk formájából következtessenek, így tehát nehezebbnek bizonyulhat a megkülönböztető képesség megállapítása egy ilyen térbeli védjegy, mintsem egy szó- vagy ábrás védjegy esetén (l. a Bíróság C-456/01. P. és C-457/01. P. sz. Henkel kontra OHIM ügyben 2004. április 29-én hozott ítéletének [EBHT 2004., I-5089. o.] 38. pontját).

26 Ilyen körülmények között minél jobban közelít a bejelentett védjegyet alkotó forma a szóban forgó áru megjelenésének legvalószínűbb formájához, annál valószínűbb,

hogy ez a forma nem rendelkezik megkülönböztető képességgel a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja értelmében. Csak az ágazat normáitól vagy szokásaitól jelentős mértékben eltérő védjegy, amely ezáltal betölti eredetjelölő alapvető funkcióját, rendelkezik megkülönböztető képességgel a fenti rendelkezés értelmében (l. a fenti 21. pontban hivatkozott Procter & Gamble kontra OHIM ítélet 37. pontját).

27 Emlékeztetni kell továbbá arra, hogy az érintett vásárlóközönség – ebben az esetben az átlagos fogyasztó – által a védjegyről alkotott képet befolyásolja a figyelem mértéke, amely a szóban forgó áru- vagy szolgáltatáscsoport rendeltetésétől függően változhat (lásd az Elsőfokú Bíróság T-194/01. sz., Unilever kontra OHIM („tojásdad alakú tabletta") ügyben 2003. március 5-én hozott ítéletének [EBHT 2003., II-383. o.] 42. pontját, valamint a fenti 20. pontban hivatkozott „egy palack formája" ítélet 34. pontját).

28 E tekintetben meg kell állapítani, hogy a fellebbezési tanács helyesen állapította meg lényegében azt, hogy az öngyújtó kicsiny méretű tárgy, amelynek részletei következésképp nehezen láthatóak. Mindennapos fogyasztási cikkekről lévén szó, az átlagfogyasztó figyelmi szintje az öngyújtó formája tekintetében nem jelentős.

29 Harmadsorban emlékeztetni kell arra, hogy az ítélkezési gyakorlat értelmében annak mérlegeléséhez, hogy a szóban forgó áru formáját a vásárlóközönség értheti-e a gyártóra vagy forgalmazóra utaló megjelölésként, az ezen forma által keltett összbenyomást kell vizsgálni (e tekintetben l. a Bíróság C-104/00. P. sz. DKV kontra OHIM ügyben 2002. szeptember 19-én hozott ítéletének [EBHT 2002., I-7561. o.]

24. pontját. Ez ugyanakkor nem zárja ki a használt megjelenítés egyes elemeinek ezt követő vizsgálatát (l. a fenti 21. pontban hivatkozott Procter & Gamble kontra OHIM ítélet 45. pontját és a fenti 27. pontban hivatkozott „tojásdad alakú tabletta" ítélet 54. pontját).

30 E tekintetben az Elsőfokú Bíróság megjegyzi, amint azt a fellebbezési tanács helyesen megállapította a megtámadott határozat 11. pontjában, hogy az üzemanyagtartály hosszúkás és egyenes formája természetesen következik egy olyan tárgy esetében, amelynek rendeltetése, hogy kézben tartsák, és ez a legelterjedtebb öngyújtóforma. Kevéssé különbözik azon modellek formájától, amelynek üzemanyagtartálya lefelé enyhén szűkül. A bejelentett védjegy üzemanyagtartályának ovális formájával kapcsolatban az Elsőfokú Bíróság megállapítja, hogy ez a forma szinte egyáltalában nem különbözik a lekerekített sarkú szokásos modellekétől.

31 Ami a fedő trapézszerű formáját illeti, meg kell állapítani, amint azt a fellebbezési tanács megállapítja a megtámadott határozat 12. pontjában, hogy egy ilyen formájú fedő igen csekély mértékben tér el a piacon jelen levő többi öngyújtó derékszögű és szögletes fedőjétől, és valamennyiükre jellemző, hogy négyszögű, amely kevéssé valószínűvé teszi a védjegy megkülönböztetését a fogyasztó számára.

32 A bejelentett védjegy félovális nyomógombjával kapcsolatban a fellebbezési tanács helyesen véli úgy, hogy az kevéssé tér el a piacon létező tűzköves öngyújtók nyomógombjának klasszikus (félkör vagy szögletes) formájától (a megtámadott határozat 13. pontja).

33 Az Elsőfokú Bíróság megállapítja továbbá, hogy bármilyen legyen is a tűzköves öngyújtó formája, a kerékből, fedőből és nyomógombból álló gyújtószerkezet az üzemanyagtartály felső részében helyezkedik el.

34 A fentiek fényében meg kell állapítani, hogy a bejelentett térbeli védjegy olyan elemek kombinációjából áll, amelyek természetesen adódnak és tipikusak az érintett áruk vonatkozásában. Hiszen a szóban forgó forma nem tér el lényegesen az érintett áruk egyes, a kereskedelemben szokásosan használt alapformáitól, inkább azok egy változatának tűnik. Ebből következik, amint azt helyesen jegyzi meg a fellebbezési tanács, hogy a fenti védjegy egyetlen, önmagában vagy a többi elemmel kombinációban vett eleme sem rendelkezik megkülönböztető képességgel.

35 Egyébiránt mivel az átlagfogyasztó általában kevésbé figyel az öngyújtó formájára, és arról csak átfogó képpel rendelkezik, a szóban forgó forma nem teszi lehetővé az érintett vásárlóközönség számára, hogy azonnal és bizonyosan megkülönböztesse a felperes tűzköves öngyújtóit az egyéb kereskedelmi eredetű öngyújtóktól. Ennélfogva ezen áruk tekintetében nem rendelkezik megkülönböztető képességgel.

36 A fenti megfontolások összességének fényében a fellebbezési tanács helyesen vélte úgy, hogy a bejelentett védjegy nem bír megkülönböztető képességgel a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja értelmében.

37 Következésképpen a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdése c) pontjának megsértéséből eredő jogalapot el kell utasítani.

A második, a 40/94 rendelet 7. cikkének (3) bekezdése megsértéséből eredő jogalapról

A felek érvei

38 A felperes bemutatja, hogy egy védjegy használata révén szerzett megkülönböztető képessége értékelésének a Bíróság C-108/97. sz. és C-109/97. sz. Windsurfing Chiemsee ügyben 1999. május 4-én hozott ítéletének (EBHT 1999., I-2779. o.) 51. és 53. pontjában felsorolt feltételek jelen ügyben maradéktalanul teljesülnek. Így, ami a piaci részesedést illeti, a felperes 2002-ben az európai öngyújtópiac 44%-át birtokolta. A használat gyakoriságával kapcsolatban a felperes arra hivatkozik, hogy öngyújtóinak több mint harmadát az Európai Unió országaiban értékesíti.

39 Ami a használat földrajzi kiterjedését illeti, a felperes két, vitát kiváltó felmérésre hivatkozik, amelyek jellegüknél fogva azt hivatottak bizonyítani, hogy az érintett vásárlóközönség nagy része a bejelentett védjegy által alkotott öngyújtó formáját a felperesnek tulajdonítja. Bemutatja ezen kívül, hogy öngyújtója formájának védjegyként történő lajstromozását elérte az Európai Unió tizenegy országában, mégpedig *prima facie*, azaz anélkül, hogy bizonyítékot kellett volna benyújtania védjegye használatának vonatkozásában.

40 A használat időtartamával kapcsolatban a felperes megjegyzi, hogy első tűzköves öngyújtóját 1973-ban dobta piacra Franciaországban.

41 A felperes kijelenti azt is, hogy 350 millió eurós üzleti forgalmat realizált, amelyet, 1993-at követően minimum 55 millió eurós, reklám- és promóciós beruházások támogattak. Ezen beruházások bizonyítják a felperes álláspontja szerint, hogy az ilyen típusú áru fogyasztója – mivel látta már a reklámokban, a médiumokban és az

elárusító helyeken – képes arra, hogy azt felismerje, és úgy vélje, hogy a felperestől származik.

42 Az érdekelt közönség azon hányadával kapcsolatban, amely az árut egy meghatározott vállalkozástól származóként azonosítja, a felperes megjegyzi, hogy az általa forgalmazott öngyújtók legfőbb célközönségét a dohányosok alkotják, és ezek szinte mindegyike neki tulajdonítja a bejelentett védjegyet alkotó formát. Azt állítja továbbá, hogy öngyújtója az évek folyamán a XX. század egy megkerülhetetlen tárgyává vált, amely intenzív identitással rendelkezik, amely a megkülönböztető képességét nyújtó elemet alkotja. Érvelése alátámasztására a felperes francia könyvek és folyóiratok kivonatait mutatja be.

43 Ezen túl a felperessel kapcsolatban álló, legnagyobb részt az Európai Unió országaiban található forgalmazók igazolták, hogy a BIC öngyújtók valóban tevékenységük jelentős részét teszik ki, és ezen öngyújtók a fogyasztók széles körében ismertek.

44 A felperes kifogásolja, hogy a fellebbezési tanács úgy ítélte meg, hogy ezen általa benyújtott bizonyítékok nem teszik lehetővé annak megállapítását, hogy a bejelentett védjegy a használata révén szert tett a megkülönböztető képességre, és ezt azzal indokolták, hogy ezen elemeknek nincs kellően kialakított kapcsolata az említett védjeggyel, és ez a kapcsolat nem került megállapításra a védjegybejelentés benyújtásának idején.

45 Először is, ami a bizonyíték és a bejelentett védjegy közötti kapcsolatot illeti, a felperes bemutatja, hogy a fellebbezési tanács tévesen ítélte úgy, hogy a beruházásai nagyságrendjének bizonyítása céljából közölt üzleti forgalom nem mutat fel kellően szoros kapcsolatot a bejelentett védjeggyel, mivel nem kizárólag öngyújtókra, hanem általa gyártott borotvákra és tollakra is vonatkozik. A felperes e tekintetben

bemutatja, hogy számára nehézségekbe ütközött az öngyújtókra vonatkozó specifikus adatok benyújtása, mivel több mint 30 éve e három áru, vagyis tollak, öngyújtók és borotvák előállításával és forgalmazásával foglalkozik, melyek jellemzője a homogenitás, eldobható termékcsaládról lévén szó. Ebből a jellegzetességből adódik, hogy a három áru egyike vonatkozásában realizált legcsekélyebb reklám- vagy promóciós beruházás szükségképpen a másik kettő tekintetében is hasznot hajt.

46 A felperes hozzáfűzi, hogy ha nem is nyújtott be pontos számadatokat az öngyújtókra vonatkozó beruházások tekintetében, ugyanakkor benyújtott ezen beruházások megvalósítására vonatkozó bizonyítékokat számos nemzetközi terjesztésű újság- és folyóiratkivágás, különféle televízió- és mozireklámok, valamint világszinten elismert partnerkapcsolati példák bemutatásával.

47 A felperes kiemeli, hogy mindenesetre a megtámadott határozattal szembesülve végül is elkülönítette – az 1998-at követő évekre – a promóciós és reklámberuházásokat, hogy kizárólag az öngyújtókra szántakat mutassa be. Az 1998-at megelőző évekre vonatkozóan a felperes által erre fordított beruházások hasonlóak, sőt még jelentősebbek, mivel ezen utóbbiak egy áru piacra dobása pillanatában meghatározóak.

48 A fellebbezési tanács azon megállapításával kapcsolatban, mely szerint a benyújtott bizonyítékok nagy része nem teszi lehetővé annak meghatározását, hogy a bejelentett védjegyről van-e szó, a felperes úgy véli először is, hogy a fellebbezési tanács téves és igazságtalan módon vélte úgy, hogy az eladási mennyiségre vonatkozó táblázat nem bír relevanciával. A fellebbezési tanács ezzel kapcsolatban megállapította, hogy egyetlen bizonyíték sem teszi lehetővé annak megállapítását, hogy a bejelentett védjegyet alkotó formának megfelelő öngyújtóról van-e szó, és a felperes azon jelzése, mely szerint csakis kétféle öngyújtót forgalmaz, nem elégséges. A felperes pontosítja e tekintetben, hogy az általa az elbíráló határozata elleni fellebbezés

keretén benyújtott számadatok kizárólag a tűzköves öngyújtók kategóriájára vonatkoznak.

49 A felperes másodsorban arra hivatkozik, hogy a fellebbezési tanács hibásan ítélte úgy, hogy a bejelentett védjegyet alkotó forma és a forgalmazók „briquet BIC classic" eladását igazoló nyilatkozatai közötti kapcsolat nem megállapítható. A felperes emlékeztet arra, hogy a tűzköves öngyújtót 1973-ban alkották meg, míg az elektromos öngyújtó 1991-ben jelent meg. Ettől kezdve az egyszerűség kedvéért a „BIC classic" megnevezést a – vásárlóközönség számára már megszokott és ismert – tűzköves öngyújtónak az elektromos gyújtású öngyújtótól való megkülönböztetésére használták.

50 A fellebbezési tanács ugyancsak hibásan vélte úgy, hogy a forgalmazók nyilatkozatai nehezen fogadhatók el, mivel ezek osztják a felperes érdekeit. E tekintetben a felperes arra hivatkozik, hogy ha a közte és e forgalmazók között fennálló kereskedelmi kapcsolatot nem is lehet tagadni, ezen utóbbiaknak semmiféle érdekük nem fűződik ahhoz, hogy meggyőződésük ellenére igazolják a szóban forgó forma jelentős sikerét, különben érdekeik szükségszerűen egy másik áru forgalmazása felé tolódnának.

51 A fellebbezési tanács azon megállapításával kapcsolatban, amely szerint nehéz meghatározni azokat az elemeket, amelyek a vásárlóközönséget az áru eredetének felismeréséhez vezetik, a fellebbezési tanács a felperes álláspontja szerint nem állapíthatta meg, hogy a bejelentett megjelölés színekkel, egy logóval vagy egy szóvédjeggyel ellátva különösen megkülönböztető jellegű, ami által nehezen meghatározható az az elem, vagy azok az elemek, amelyek a vásárlóközönséget arra a felismerésre vezetik, hogy az a felperestől származik. Hiszen, a felperes véleménye szerint, logója és a BIC védjegy kevéssé láthatók az öngyújtókon, és a szín csakis másodlagos jelentőségű.

52 Másodsorban, a megtámadott határozatban foglalt azon indok, amely szerint a felperes által Spanyolországban, illetve Franciaországban, Olaszországban, Írországban, Görögországban, Svédországban és Portugáliában végzett két felmérést nem lehet tekintetbe venni, mivel megvalósításuk időpontja (2002 júliusa és novembere) későbbi, mint a védjegybejelentési kérelem benyújtása, a felperes álláspontja szerint nem bír relevanciával.

53 A felperes emlékeztet arra, hogy a közölt két felmérés eredményei jól mutatják, hogy a bejelentett védjegyet alkotó forma vitathatatlanul megszerezte használat révén a megkülönböztető képességet az Európai Unió területén. A felperes megállapítja, hogy mivel ez a forma intenzív forgalmazás alatt áll több mint 30 éve az Európai Unió területén, az elvégzett felmérések által bizonyítékát tudta adni a bejelentett védjegy megkülönböztető képességének. A felperes azt állítja, hogy a felmérések eredményei minden bizonnyal megközelítőleg azonosak lettek volna, ha azokat a bejelentési kérelem benyújtását megelőzően végezték volna.

54 A felperes úgy véli, hogy a bizonyítékok összessége azt mutatja, hogy a bejelentett védjegyet alkotó forma megszerezte használata révén a megkülönböztető képességét a bejelentési kérelem benyújtását megelőzően.

55 Az OHIM arra hivatkozik, hogy a fellebbezési tanács értékelése, mely szerint a védjegy nem szerezte meg használat révén a megkülönböztető képességet, megfelel egyrészt a védjegyekre vonatkozó tagállami jogszabályok közelítéséről szóló, 1988. december 21-i 89/104/EGK első tanácsi irányelv (HL 1989., L 40., 1. o., magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, 1. kötet, 92. oldal) 3. cikke (3) bekezdésének, amelynek fényében a 40/94 rendelet 7. cikkének (3) bekezdését olvasni kell, másrészt az Elsőfokú Bíróság ítélkezési gyakorlatának.

56 A földrajzi paraméterre vonatkozóan az OHIM álláspontja szerint a 40/94 rendelet 7. cikke (2) és (3) bekezdéseinek együttes olvasatából következik, hogy a megkülönböztető képesség megszerzését a Közösség azon része tekintetében kell bizonyítani, amelyben a védjegy ilyen megkülönböztető képességgel nem bír.

57 Az OHIM e vonatkozásban azon a véleményen van, hogy a 40/94 rendelet 7. cikke (3) bekezdésében foglalt földrajzi követelmény teljesül, mivel a megkülönböztető képesség megszerzése bizonyított a Közösség egyes „régiói" tekintetében, vagy más szóval a közös piac különböző „részein" (közép, kelet, nyugat, dél és észak).

58 Jelen ügyben semmi utalás nem történt arra, miként észlelik a védjegyet a Közösség középső részén (Németországban és Ausztriában), illetve egy méretét és lakosságát tekintve jelentős, nyugati részen található országban (az Egyesült Királyságban).

59 Következésképpen az OHIM úgy véli, hogy a védjegybejelentési kérelem elutasítása igazolt.

Az Elsőfokú Bíróság álláspontja

60 A 40/94 rendelet 7. cikke (3) bekezdésének értelmében, a 7. cikk (1) bekezdése b), c) és d) albekezdése alapján a megjelölés nincs kizárva a védjegyoltalomból, ha az árujegyzékben szereplő áruk tekintetében használata révén megszerezte a megkülönböztető képességet.

61 Először is, az ítélkezési gyakorlatból adódik, hogy a megkülönböztető képesség használat révén történő megszerzésének feltétele, hogy legalább az érintett vásárlóközönség egy jelentős része az érintett árukat vagy szolgáltatásokat a védjegy segítségével egy meghatározott vállalkozástól származókként azonosítsa (l. az Elsőfokú Bíróság T-399/02. sz. Eurocermex kontra OHIM [„egy sörösüveg formája"] ügyben 2004. április 29-én hozott ítéletének [EBHT II-1391. o.] 42. pontját; l. ennek megfelelően ugyancsak a fenti 38. pontban hivatkozott Windsurfing Chiemsee ítélet 52. pontját és a fenti 24. pontban hivatkozott Philips-ítélet 61. és 62. pontját).

62 Másodsorban ahhoz, hogy egy védjegy lajstromozható legyen a 40/94 rendelet 7. cikke (3) bekezdése értelmében, a védjegy használata révén megszerzett megkülönböztető képességének bizonyíthatónak kell lennie a Közösség jelentős részében, ahol ugyanezen rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b), c) és d) pontja értelmében ilyen megkülönböztető képességgel nem bír (l. az Elsőfokú Bíróság fenti 61. pontban hivatkozott „egy sörösüveg formája" ítéletének 43. pontját és az Elsőfokú Bíróság T-237/01. sz., Alcon kontra OHIM – Dr. Robert Winzer Pharma (BSS) ügyben 2003. március 5-én hozott ítéletének [EBHT 2003., II-411. o.] 52. pontját; e tekintetben l. ugyancsak az Elsőfokú Bíróság T-91/99. sz., Ford Motor kontra OHIM [OPTIONS] ügyben 2000. március 30-án hozott ítéletének [EBHT 2000., II-1925. o.] 26. és 27. pontját).

63 Harmadsorban meg kell állapítani, hogy a Bíróság úgy ítélte meg a fenti 38. pontban hivatkozott Windsurfing Chiemsee 49. pontjában, hogy „annak meghatározásához, hogy egy védjegy megszerezte-e használata révén a megkülönböztető képességet, az illetékes hatóságnak átfogóan kell értékelnie azon bizonyítékokat, amelyek alátámaszthatják, hogy a védjegy alkalmassá vált az érintett áruk adott vállalkozástól származókként történő azonosítására, következésképpen ezen áruk más vállalkozások áruitól történő megkülönböztetésére".

64 Ezen értékelés keretén belül tekintetbe kell venni többek között a védjegy által elfoglalt piaci részesedést, a védjegy használatának gyakoriságát, földrajzi kiterjedését és tartamát, a vállalkozás által a védjegy reklámozása céljából megvalósított beruházások jelentőségét, az érdekelt fogyasztók azon hányadát, amely a védjegy miatt úgy azonosítja az árukat és szolgáltatásokat, mint amelyek egy meghatározott

vállalkozástól származnak, továbbá a kereskedelmi és iparkamaráktól és egyéb szakmai szervezetektől származó nyilatkozatokat és közvélemény-kutatásokat (l. e tekintetben fenti 61. pontban hivatkozott „egy sörösüveg formája" ítélet 44. pontját, ennek megfelelően l. ugyancsak a fenti 38. pontban hivatkozott Windsurfing Chiemsee ítélet 51. pontját és a fenti 24. pontban hivatkozott Philips-ítélet 60. pontját).

65 Negyedsorban egy védjegy megkülönböztető képességét, beleértve a használat révén megszerzett megkülönböztető képességet, a védjegy árujegyzékében szereplő áruk tekintetében kell mérlegelni, figyelembe véve a szóban forgó árukategória szokásosan tájékozott, ésszerűen figyelmes és körültekintő átlagfogyasztó részéről történő észlelését (ennek megfelelően l. a fenti 24. pontban hivatkozott Philips-ítélet 59–63. pontjait).

66 Végül, a megkülönböztető képesség védjegy használata által történő megszerzésének meg kell előznie a védjegybejelentési kérelem benyújtását (l. az Elsőfokú Bíróság T-247/01. sz. eCopy kontra OHIM [ECOPY] ügyben 2002. december 12-én hozott ítéletének [EBHT 2002., II-5301. o.] 36. pontját; e tekintetben l. ugyancsak az Elsőfokú Bíróság T-8/03. sz. El Corte Inglés kontra OHIM – Pucci [EMILIO PUCCI] ügyben 2004. december 13-án hozott ítéletének [EBHT 2004., II-4297. o.] 71. és 72. pontját].

67 A fenti megállapítások fényében kell megvizsgálni, hogy jelen ügyben a fellebbezési tanács jogi hibát követett-e el, amikor elvetette a felperes érvelését, mely szerint a bejelentett védjegy lajstromozását a 40/94 rendelet 7. cikke (3) bekezdése által érintett áruk tekintetében engedélyezni kellett volna.

68 A megtámadott határozat nem tartalmaz egyetlen megállapítást sem a Közösség azon részéről, amelyben a bejelentett védjegy a 40/94 rendelet 7. cikke (1)

bekezdésének b) pontja értelmében nem bír megkülönböztető képességgel. Ugyanakkor, a jelen ügy tárgyát képező védjegyhez hasonlóan nem szóvédjegyek esetén feltételezhető, hogy megkülönböztető képességüknek e rendelkezés értelmében történő értékelése, ezzel ellentétes értelmű jelzés hiányában, azonos a Közösség egész területén.

69 A használat révén megszerzett megkülönböztető képesség bizonyításával kapcsolatban az Elsőfokú Bíróság úgy véli, hogy jelen esetben azt a Közösség jelentős része tekintetében be kell nyújtani.

70 Meg kell tehát vizsgálni a felperes által e tekintetben benyújtott bizonyítékokat.

71 Először is, a bejelentett védjegyre vonatkozó reklámcélú és promóciós beruházásokat bemutató táblázattal kapcsolatban a fellebbezési tanács helyesen vélte úgy, hogy a beruházásokra vonatkozó bizonyítékok nem kielégítőek. Ugyanis a reklámcélú és promóciós beruházások valamennyi áru tekintetében együttesen kerülnek bemutatásra, tehát nem kizárólag a tűzköves öngyújtók vonatkozásában, amelynek formája jelen ügy tárgyát képezi. A felperes ennek kapcsán elismeri, hogy nem nyújtott be specifikusan öngyújtókra vonatkozó beruházásokról számszerű adatokat. Ennélfogva lehetetlen a kapcsolat megállapítása az ezekben a táblázatokban szereplő számadatok és a bejelentett védjegy között.

72 Az öngyújtókra 1998-at követően fordított reklámcélú és promóciós beruházásokat bemutató táblázattal, valamint a New York-i Modern Művészetek Múzeuma kurátorának 2004. április 15-én kelt levelével kapcsolatban meg kell állapítani, hogy ezen dokumentumokat a felperes keresetlevele mellékleteként nyújtotta be. A fellebbezési tanács kizárólag akkor köteles figyelembe venni egy, a használat révén

megszerzett megkülönböztető képesség értékelése során esetleg releváns bizonyítékot, ha azt a védjegybejelentő az OHIM előtti igazgatási eljárás folyamán nyújtotta be (l. a fenti 66. pontban hivatkozott ECOPY-ítélet 48. pontját). Ennélfogva ezen dokumentumok, amelyeket nem az OHIM előtti igazgatási eljárás során nyújtottak be, nem vonhatják kétségbe a megtámadott határozat jogszerűségét.

73 A BIC öngyújtó 1972 és 2001 közötti eladási mennyiségét, valamint a BIC öngyújtó piacon elfoglalt részesedését bemutató táblázatok ugyancsak nem kielégítőek, mivel az ebben szereplő adatok a BIC öngyújtókra vonatkoznak, és nem tartalmaznak semmiféle jelzést kifejezetten a szóban forgó bejelentett védjegyre vonatkozóan. Egyetlen kiegészítő bizonyíték sem teszi lehetővé annak meghatározását, hogy a bejelentett védjegyet alkotó formának megfelelő öngyújtóról van-e szó.

74 A (kerekes) BIC öngyújtók 1997 és 2003 közötti eladási mennyiségét tartalmazó táblázattal kapcsolatban meg kell jegyezni, hogy az ebben szereplő adatok a Közösség akkori egészére, valamint Norvégiára, Lengyelországra és Svájcra vonatkoznak. Mivel ez a táblázat általánosságban mutatja be az eladási mennyiséget a fent említett országokban, és nem tesz különbséget az egyes nemzeti piacok között, nem vehető tekintetbe a védjegy használat révén megszerzett megkülönböztető képességének értékelése során.

75 A bejelentett védjegyet alkotó forma tagállamokban történt lajstromozásával kapcsolatban az Elsőfokú Bíróság megjegyzi, hogy a felperes arra hivatkozott a fellebbezési tanács előtt, hogy a lajstromozásokra a használat révén szerzett megkülönböztető képesség igazolása nélkül került sor, és ez bizonyítja, hogy a megjelölés benne rejlő megkülönböztető képességgel rendelkezik. Ebből következően ezeket a lajstromozott védjegyeket a fellebbezési tanács nem vehette figyelembe a 40/94 rendelet 7. cikke (3) bekezdésének alkalmazásában.

76 Ami a francia sajtóban megjelent cikkeket, valamint a francia SCALA könyvkiadó által megjelentetett „Le Design" c. könyv kivonatát illeti, amely a BIC öngyújtót design- vagy divatcikként határozza meg, meg kell állapítani, hogy ezek kizárólag a BIC öngyújtó francia vásárlóközönség részéről történő érzékelésére vonatkoznak, ennélfogva nem képesek bizonyítani, hogy a bejelentett védjegyet alkotó forma megszerezte volna használata révén a megkülönböztető képességet a Közösség területének jelentős részén.

77 A felperes által benyújtott reklámkiadványok nem tesznek lehetővé a fenti 64. pontban említett tényezőkre vonatkozó konkrét megállapítást. Ráadásul nem képezheti bizonyítékát a védjegy bejelentett formában történő használatának, mivel a bejelentett forma megjelenítéséhez szó- vagy ábrás elem is kapcsolódik valamennyi bemutatott fotón. Következésképpen ezek a reklámkiadványok nem bizonyíthatják, hogy az érintett vásárlóközönség a bejelentett védjegyet mint olyat puszta formájában és a BIC betűcsoporttól függetlenül az érintett áruk kereskedelmi eredetének jelzéseként érzékeli (e tekintetben l. a fenti 61. pontban hivatkozott „egy sörösüveg formája" ítélet 51. pontját).

78 Ami a forgalmazóknak a felperes által a jogvita irataihoz csatolt nyilatkozatait illeti, egy irat bizonyító erejének megítélésekor elsősorban a benne foglalt információ valószínűségét és valószerűségét kell vizsgálni. Különösen tehát az irat eredetét, készítésének körülményeit, címzettjét kell figyelembe venni, valamint a benne szereplő információ valószínűségéről és valószerűségéről kell meggyőződni (l. az Elsőfokú Bíróság T-303/03. sz., Lidl Stiftung kontra OHIM – REWE-Zentral [Salvita] ügyben 2005. június 7-én hozott ítéletének [EBHT 2005., II-1917. o.] 42. pontját).

79 Jelen ügyben az Elsőfokú Bíróság először is megállapítja, hogy egyes nyilatkozatok olyan forgalmazóktól származnak, mint a BIC Belgium SPRL, BIC Netherlands BV, BIC UK Ltd, BIC Violex SA, amelyek, a felperes 2002-es éves jelentései alapján annak leányvállalatai, és amelyekben a felperes legalább 99%-os részesedéssel bír (a BIC Violex kivételével, amelyben részesedése 50,5%-os, és a BIC Ballograf AB kivételével, amelyben részesedése 16%). Ezen megállapítást a felperes egyébként nem vitatta a tárgyalás folyamán. Meg kell jegyezni, hogy e megállapítások tehát önmagukban nem szolgálhatnak a bejelentett védjegy használata révén megszerzett

megkülönböztető képességének bizonyítékakiént, a felperes és leányvállalatai között fennálló gazdasági kötelék folytán. Csupán mutatóul szolgálnak, melyeket további bizonyítékokkal kell alátámasztani. Másodsorban az Elsőfokú Bíróság megjegyzi, hogy valamennyi nyilatkozatot, beleértve a leányvállalatokon kívüli forgalmazóktól, illetve a részben a felperes tulajdonát képező társaságoktól származó nyilatkozatokat, amiket szemmel láthatóan a felperes diktált, hiszen mindegyikük tartalma azonos. Ténylegesen úgy tűnik, hogy valamennyi nyilatkozat előre megfogalmazott, majd több nyelvre lefordított szöveg, helyenként egyszerűen fénymásolva, amelyek később a forgalmazók által kitöltött üres helyeket tartalmaznak. Harmadsorban az Elsőfokú Bíróság megállapítja, hogy egyébiránt ezen nyilatkozatok egyáltalában nem tesznek utalást az érintett területen realizált eladási mennyiségre vonatkozó adatokra, és a szóban forgó öngyújtók eladásának a nyilatkozatot tevő számára való jelentősége vonatkozásában pusztán dicsérő megállapításokat tartalmaznak.

80 Meg kell állapítani továbbá, hogy a fent említett nyilatkozatok csakis azokban az országokban állapítják meg a szóban forgó áruk forgalmazását, ahol ezek a forgalmazók jelen vannak, ennélfogva nem alkalmasak a bejelentett védjeggyel megjelölt áruk forgalmazása földrajzi kiterjedésének bizonyítására, amely csupán egyike a bejelentett, egyetlen öngyújtóformából álló védjegy használata révén szerzett megkülönböztető képességének értékelése során tekintetbe veendő tényezőknek.

81 A fentiek fényében meg kell állapítani, hogy a forgalmazók felperes által benyújtott nyilatkozatai nem bírnak kellő bizonyító erővel.

82 Végül, a felperes által a védjegybejelentés benyújtását követően, de még az igazgatási eljárás alatt, pontosan 2002 júliusa és novembere között végzett két felméréssel kapcsolatban meg kell állapítani, hogy a Bíróság ítélkezési gyakorlata értelmében az olyan, védjegy használatát alátámasztó bizonyítékokat, amelyek a védjegybejelentés benyújtását követően keletkeztek, kizárólag akkor lehet tekintetbe venni, ha a

védjegy ugyenezen időpontban történő használatára engednek következtetni (e tekintetben l. a Bíróság C-259/02. sz. La Mer Technology ügyben 2004. január 27-én hozott végzésének [EBHT 2004., I-1159. o.] 31. pontját és a C-192/03. P. sz. Alcon kontra OHIM ügyben 2004. október 5-én hozott végzésének [EBHT 2004., I-8993. o.] 41. pontját).

83 Jelen ügyben az Elsőfokú Bíróság úgy ítéli meg, hogy a szóban forgó felmérések nem teszik lehetővé annak megállapítását, hogy az érintett vásárlóközönség a szóban forgó árut a védjegyet alkotó forma alapján a BIC társaságtól, nem pedig másik társaságtól származó áruként azonosítja.

84 A 2002 novemberében a dohányzók körében Franciaországban, Olaszországban, Írországban, Görögországban, Svédországban és Portugáliában végzett felméréssel kapcsolatban az Elsőfokú Bíróság megállapítja, hogy a megkérdezett személyeknek kizárólag a BIC öngyújtók egy szó- vagy ábrás elemet nem tartalmazó rajzát vagy fényképét mutatták meg, és azt kérdezték tőlük, hogy melyik márkát juttatja leginkább eszükbe ennek az öngyújtónak a képe. Ennélfogva nem lehet úgy vélni, hogy ez a felmérés bizonyítaná, hogy a francia, olasz, ír, görög, svéd és portugál fogyasztók egy jelentős része a szóban forgó árut a bejelentett védjegy által a BIC társaságtól, nem pedig egy másik társaságtól származóként azonosítja. Más lenne a helyzet, ha a felmérés során különféle öngyújtóformákat mutattak volna a megkérdezetteknek, és nem csupán a bejelentett védjegyet alkotó formát. Akkor tekintetbe lehetett volna venni azon személyek arányát, akik spontán módon, bármiféle befolyásolás nélkül, a BIC társaságnak tulajdonítják a szóban forgó forma képét.

85 Továbbá meg kell állapítani, hogy amennyiben a megkérdezett személyek a fenti kérdésre nem tudtak válaszolni, szóvédjegyek egy listáját (BIC, CLIPPER, TOKAÏ, CRICKET és mások) bocsátották rendelkezésükre a válasz kiválasztása céljából.

86 Márpedig, ha igaz is, amint azt a felperes fenntartja, hogy a BIC társaság nevéhez fűződik az eldobható tűzköves öngyújtók piacának létrehozása 1973-ban, és a BIC „vezető az öngyújtópiacon", teljességgel logikus és előrelátható volt, hogy az első

márka, amely a megkérdezett személyek eszébe jut, a BIC, függetlenül a nekik mutatott formától. Ez annál is inkább így volt, mert a feltett kérdésben szerepelt egy szóvédjegyeket tartalmazó lista, amelyekhez a bemutatott forma társítható. E tekintetben meg kell állapítani, hogy maga a felperes is elismerte a tárgyaláson, hogy a válasz a feltett kérdésre ezen utóbbi esetben ténylegesen befolyásolható volt.

87 Ugyanezen megállapítások vonatkoznak a Spanyolországban, 2002 júliusában, ugyancsak a dohányzók körében végzett felmérésre. E felmérésben a MiniBIC J5 öngyújtó formájának, a bejelentett védjegyet alkotó forma kicsinyített változatának képét mutatták meg a megkérdezett személyeknek egy, különféle szóvédjegyeket (BIC, CLIPPER, BRIO vagy TOKAÏ), tartalmazó lista kíséretében, annak eldöntése céljából, hogy a képhez melyik márkát társítják. Ennélfogva nem lehet úgy vélni, hogy ez a felmérés bizonyítaná, hogy a spanyol fogyasztók egy jelentős csoportja a BIC társaságtól eredőként azonosítja a szóban forgó árut, és ezen árut megkülönbözteti más vállalkozások áruitól.

88 Ezen túl az Elsőfokú Bíróság megállapítja, hogy a felmérés során a megkérdezett spanyol személyeknek mutatott öngyújtóképen az öngyújtó szemből és nem oldalról volt látható, miáltal a megkérdezett személyek nem ismerhették fel az üzemanyagtartály ovális formáját, amely pedig, a felperes álláspontja szerint, egyike azon három jellemzőnek, amely a BIC öngyújtókat megkülönbözteti a piacon fellelhető többi öngyújtótól.

89 A fenti megfontolások együttesének fényében a fellebbezési tanács helyesen vélte úgy, hogy a felperes nem bizonyította, hogy a bejelentett védjegy jelen ügyben a Közösség egy jelentős részében történő használata révén megszerezte a megkülönböztető képességet.

90 Következésképpen a második jogalapot, és ezzel a keresetet teljes egészében el kell utasítani.

A költségekről

91 Az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzata 87. cikkének 2. §-a alapján az Elsőfokú Bíróság a pervesztes felet kötelezi a költségek viselésére, ha a pernyertes fél ezt kérte. Mivel a felperes pervesztes lett, őt, az OHIM kérelmének megfelelően a költségek viselésére kell kötelezni.

A fenti indokok alapján,

AZ ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁG (harmadik tanács)

a következőképpen határozott:

1) Az Elsőfokú Bíróság a keresetet elutasítja.

2) Az Elsőfokú Bíróság a felperest kötelezi a költségek viselésére.

Jaeger Azizi Cremona

Kihirdetve Luxembourgban, a 2005. december 15-i nyilvános ülésen.

E. Coulon M. Jaeger

hivatalvezető elnök