WYROK SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI (trzecia izba)
z dnia 15 grudnia 2005 r. *

W sprawie T-262/04

BIC SA, z siedzibą w Clichy (Francja), reprezentowana przez M.P. Escande'a oraz A. Guillemina, avocats,

strona skarżąca,

przeciwko

Urzędowi Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory) (OHIM), reprezentowanemu przez A. Folliarda-Monguirala, działającego w charakterze pełnomocnika,

strona pozwana,

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Czwartej Izby Odwoławczej OHIM z dnia 6 kwietnia 2004 r. (sprawa R 468/2003-4), dotyczącej rejestracji trójwymiarowego znaku towarowego w kształcie zapalniczki krzesiwowej w charakterze wspólnotowego znaku towarowego,

* Język postępowania: francuski.

SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH (trzecia izba),

w składzie: M. Jaeger, prezes, J. Azizi i E. Cremona, sędziowie,

sekretarz: B. Pastor, zastępca sekretarza,

po zapoznaniu się ze skargą złożoną w sekretariacie Sądu w dniu 25 czerwca 2004 r.,

po zapoznaniu się z odpowiedzią na skargę złożoną w sekretariacie Sądu w dniu 13 września 2004 r.,

po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 11 maja 2005 r.,

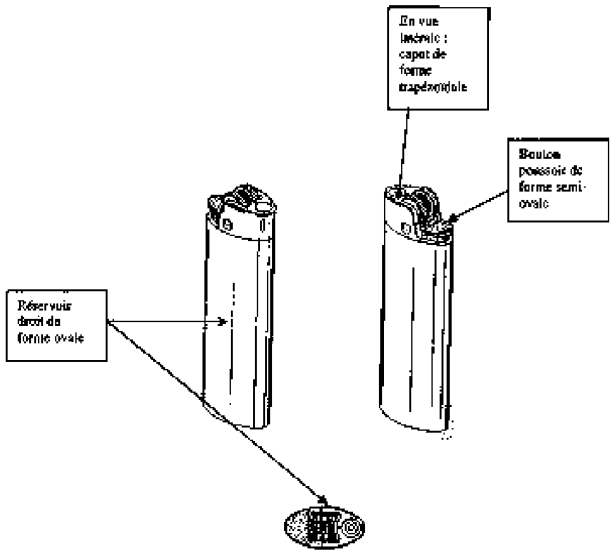
wydaje następujący

Wyrok

Okoliczności powstania sporu

1 W dniu 5 lipca 2000 r., na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 40/94 z dnia 20 grudnia 1993 r. w sprawie wspólnotowego znaku towarowego (Dz.U. 1994, L 11, str. 1), z późn. zm., skarżąca złożyła do Urzędu Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory) (OHIM) wniosek o rejestrację wspólnotowego znaku towarowego.

2 Znak towarowy, o którego rejestrację wniesiono, to następujący trójwymiarowy znak towarowy:



3 Towary, dla których wniesiono o rejestrację, należą do klasy 34 w rozumieniu Porozumienia nicejskiego dotyczącego międzynarodowej klasyfikacji towarów i usług dla celów rejestracji znaków z dnia 15 czerwca 1957 r., zrewidowanego i zmienionego, i odpowiadają następującemu opisowi: „tytoń, artykuły dla palących, zapalniczki, zapałki". W zgłoszeniu nie wniesiono o rejestrację koloru.

4 W dniu 5 czerwca 2003 r. ekspert dokonał odmowy rejestracji dla towarów „artykuły dla palaczy, zapalniczki" z uwagi na to, że rozpatrywane oznaczenie pozbawione jest charakteru odróżniającego.

5 W dniu 29 lipca 2003 r., na podstawie art. 57–62 rozporządzenia nr 40/94, skarżąca wniosła do OHIM odwołanie od decyzji eksperta.

6 Odwołanie zostało oddalone decyzją Czwartej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2004 r. (zwaną dalej „zaskarżoną decyzją"). Izba Odwoławcza stwierdziła zasadniczo, że zgłoszony znak towarowy pozbawiony jest charakteru odróżniającego w rozumieniu art. 7 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 40/94 oraz że przedłożone dowody nie pozwalają na ustalenie, czy uzyskał on taki charakter w następstwie używania.

Żądania stron

7 Skarżąca wnosi do Sądu o:

— stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji,

— obciążenie OHIM kosztami postępowania.

8 OHIM wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi,

— obciążenie skarżącej kosztami postępowania w przypadku oddalenia skargi w całości,

— nakazanie skarżącej poniesienia własnych kosztów w przypadku jedynie częściowego stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji.

Co do prawa

9 Na poparcie skargi skarżąca podnosi dwa zarzuty oparte na naruszeniu, odpowiednio, art. 7 ust. 1 lit. b) i art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 40/94.

W przedmiocie zarzutu pierwszego, opartego na naruszeniu art. 7 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 40/94

Argumenty stron

10 Zdaniem skarżącej odróżniający charakter kształtu jej zapalniczki, który w Europie odnotowuje 44-procentowy udział w rynku, nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, jeśli dokonać porównania z innymi najbardziej reprezentatywnymi dla rynku kształtami zapalniczek. Ocena charakteru odróżniającego powinna zostać dokonana przy uwzględnieniu następujących zapalniczek: CRICKET (16-procentowy udział w rynku), TOKAÏ (16-procentowy udział w rynku), TOM FLAME, BAÏDE i PROF (trzy znaki towarowe zapalniczek azjatyckich odnotowujące 23-procentowy udział w rynku), CLIPPER i BRIO (1-procentowy udział w rynku).

11 Skarżąca podnosi, że na tle tych zapalniczek kształt jej zapalniczki ukazuje się jako kształt silnie zindywidualizowanego towaru, a zatem odróżnia się od tradycyjnych kształtów innych towarów obecnych na tym samym rynku.

12 Zdaniem skarżącej rozumowanie OHIM zawiera sprzeczność, ponieważ twierdzi on, że detale kształtu stanowiącego zgłoszony znak towarowy są powszechne na rynku, wskazując jednakże, że te same detale różnią się od detali innych zapalniczek, nawet jeśli różnice te są „mało dostrzegalne" lub „mało rozpoznawalne".

13 Lektura decyzji OHIM wywołuje ponadto wrażenie, że na europejskim rynku zapalniczek występuje jednolity produkt, posiadający identyczne cechy niezależnie od producenta, chociaż sam ekspert wskazywał na różnorodność towarów występujących na rynku.

14 Skarżąca utrzymuje ponadto, że ocena OHIM, oparta na fragmentarycznej analizie omawianego kształtu wynikającej z porównania każdego z jego detali z detalami różnych modeli zapalniczek występujących na rynku, z pominięciem sposobu, w jaki detale te zostały skomponowane, stanowi błędne zastosowanie art. 7 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 40/94.

15 Skarżąca podnosi w tym zakresie, że żaden z innych kształtów zapalniczek obecnie dostępnych na rynku nie posiada ogółu cech zapalniczki opatrzonej zgłoszonym znakiem towarowym, a w szczególności połączenia prostego zbiornika o owalnym kształcie, osłony w kształcie trapezu i przycisku o półowalnym kształcie. Nawet jeśli cechy kształtu stanowiącego zgłoszony znak towarowy nie odróżniają się wystarczająco od detali innych kształtów zapalniczek, tak aby każdej z nich przyznać charakter odróżniający, to zdaniem skarżącej wynika z tego, że ich połączenie okazuje się szczególne i w związku z tym pozwala na nadanie całości charakteru odróżniającego koniecznego dla jego zarejestrowania w charakterze znaku towarowego. Nawet jeśli niektóre zapalniczki dzięki zbliżonym elementom przypominają omawiany kształt, to mamy tutaj do czynienia jedynie z imitacją jednej z jego cech, a nie całości.

16 Kształt zapalniczki nie wynika ponadto z charakteru lub funkcji towaru, a w momencie zgłoszenia trójwymiarowego znaku towarowego nie zostało ustalone, że kształt zapalniczki stanowi konieczny kształt dla tego produktu i z tego powodu nie może wykazywać charakteru odróżniającego znaku towarowego.

17 Zdaniem skarżącej należy zatem stwierdzić nieważność decyzji OHIM w zakresie, w jakim stwierdzono, że zgłoszony znak towarowy pozbawiony jest charakteru odróżniającego prima facie.

18 OHIM utrzymuje, że Izba Odwoławcza w sposób uzasadniony stwierdziła, że dla właściwego kręgu odbiorców zgłoszony znak towarowy nie jest odróżniający dla oznaczonych towarów.

Ocena Sądu

19 Zgodnie z art. 4 rozporządzenia nr 40/94 kształt towaru lub jego opakowanie mogą stanowić wspólnotowy znak towarowy, pod warunkiem że umożliwiają odróżnianie towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innych przedsiębiorstw. Ponadto zgodnie z art. 7 ust. 1 lit. b) tego rozporządzenia nie są rejestrowane „znaki towarowe, które pozbawione są jakiegokolwiek odróżniającego charakteru".

20 Należy wspomnieć, w pierwszej kolejności, że zgodnie z orzecznictwem znaki towarowe, o których mowa w art. 7 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 40/94, to w szczególności takie, które z punktu widzenia właściwego kręgu odbiorców są powszechnie używane w obrocie gospodarczym dla przedstawienia danych towarów lub usług lub w odniesieniu do których istnieją przynajmniej konkretne przesłanki pozwalające na przyjęcie, że mogą być one używane w ten sposób. Ponadto

oznaczenia uregulowane tym przepisem nie mogą spełniać podstawowej funkcji znaku towarowego, a mianowicie identyfikacji pochodzenia towaru lub usługi, tak ażeby umożliwić konsumentowi nabywającemu towar dokonanie przy kolejnym zakupie tego samego wyboru, jeśli doświadczenie było pozytywne, lub innego wyboru, jeśli było ono negatywne [wyroki Sądu z dnia 3 grudnia 2003 r. w sprawie T-305/02 Nestlé Waters France przeciwko OHIM (Kształt butelki), Rec. str. II-5207, pkt 28, z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie T-216/02 Fieldturf przeciwko OHIM (LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS), Rec. str. II-1023, pkt 23 i 24, oraz z dnia 24 listopada 2004 r. w sprawie T-393/02 Henkel przeciwko OHIM (Kształt biało-przezroczystego flakonu), Zb.Orz. str. II-4115, pkt 30].

21 W konsekwencji charakter odróżniający znaku towarowego może zostać oceniony jedynie, po pierwsze, w odniesieniu do towarów i usług, dla których wnosi się o rejestrację, i po drugie, w odniesieniu do sposobu postrzegania go przez właściwy krąg odbiorców [wyrok Trybunału z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawach połączonych od C-468/01 P do C-472/01 P Procter & Gamble przeciwko OHIM, Rec. str. I-5141, pkt 33, wyrok Sądu z dnia 30 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych T-324/01 i T-110/02 Axions i Belce przeciwko OHIM (Kształt brązowego cygara i kształt sztabki złota), Rec. str. II-1897, pkt 30, ww. w pkt 20 wyrok w sprawie Kształt butelki, pkt 29, oraz ww. w pkt 20 wyrok w sprawie Kształt biało-przezroczystego flakonu, pkt 32].

22 Jeśli chodzi o towary objęte zgłoszeniem znaku towarowego, należy przypomnieć, że na wnioskowane oznaczenie składa się kształt towaru, a mianowicie kształt zapalniczki krzesiwowej, charakteryzujący się prostym zbiornikiem o owalnym kształcie, osłoną w kształcie trapezu i przyciskiem o półowalnym kształcie, w związku z czym towarami podlegającymi rozważeniu przy ocenie charakteru odróżniającego zgłoszonego znaku towarowego są zapalniczki krzesiwowe.

23 W odniesieniu do właściwego kręgu odbiorców należy stwierdzić, że zapalniczki krzesiwowe są towarami powszechnego użytku przeznaczonymi dla ogółu konsumentów. Oceny charakteru odróżniającego zgłoszonego znaku towarowego

należy zatem dokonać, mając na uwadze przypuszczalne oczekiwania przeciętnego konsumenta, właściwie poinformowanego oraz dostatecznie uważnego i rozsądnego (ww. w pkt 21 wyrok w sprawie Procter & Gamble przeciwko OHIM, pkt 33, ww. w pkt 21 wyrok w sprawie Kształt brązowego cygara i kształt sztabki złota, pkt 31, ww. w pkt 20 wyrok w sprawie Kształt butelki, pkt 33, oraz ww. w pkt 20 wyrok w sprawie Kształt biało-przezroczystego flakonu, pkt 33; zob. również analogicznie wyrok Trybunału z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-363/99 Koninklijke KPN Nederland, Rec. str. I-1619).

24 W drugiej kolejności należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem kryteria oceny charakteru odróżniającego trójwymiarowych znaków towarowych tworzonych przez kształt samego towaru nie różnią się od kryteriów oceny podlegających stosowaniu w przypadku innych kategorii znaków towarowych (ww. w pkt 21 wyrok w sprawie Kształt brązowego cygara i kształt sztabki złota, pkt 32, oraz ww. w pkt 20 wyrok w sprawie Kształt butelki, pkt 35; zob. również analogicznie wyroki Trybunału z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-299/99 Philips, Rec. str. I-5475, pkt 48, oraz z dnia 8 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych od C-53/01 do C-55/01 Linde i in., Rec. str. I-3161, pkt 42 i 46).

25 Tym niemniej w ramach stosowania tych kryteriów należy wziąć pod uwagę fakt, że sposób postrzegania przez właściwy krąg odbiorców nie zawsze jest taki sam w przypadku trójwymiarowego znaku towarowego tworzonego przez kształt samego towaru, co w przypadku słownego lub graficznego znaku towarowego, który stanowi oznaczenie niezależne od wyglądu oznaczanych nim towarów. W istocie w braku jakichkolwiek elementów graficznych lub słownych przeciętni konsumenci nie mają w zwyczaju domyślać się pochodzenia towarów w oparciu o ich kształt lub kształt ich opakowania, zatem ustalenie charakteru odróżniającego takiego trójwymiarowego znaku towarowego mogłoby okazać się trudniejsze niż w przypadku słownego lub graficznego znaku towarowego (wyrok Trybunału z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawach połączonych C-456/01 P i C-457/01 P Henkel przeciwko OHIM, Rec. str. I-5089, pkt 38).

26 W tych okolicznościach im bardziej kształt stanowiący znak towarowy, o którego rejestrację wniesiono, przypomina najbardziej prawdopodobny kształt, który

przybierze dany towar, tym bardziej prawdopodobne jest, że wspomniany kształt pozbawiony będzie charakteru odróżniającego w rozumieniu art. 7 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 40/94. Jedynie znak towarowy, który w znaczący sposób odbiega od norm lub zwyczajów danego sektora i w związku z tym spełnia swoją podstawową funkcję wskazania pochodzenia, nie jest pozbawiony charakteru odróżniającego w rozumieniu tego przepisu (ww. w pkt 21 wyrok w sprawie Procter & Gamble przeciwko OHIM, pkt 37).

27 Należy jeszcze wskazać, że na sposób postrzegania znaku towarowego przez zainteresowany krąg odbiorców — w tym przypadku przeciętnych konsumentów — ma wpływ poziom jego uwagi, który może się różnić w zależności od kategorii danych towarów lub usług [wyrok Sądu z dnia 5 marca 2003 r. w sprawie T-194/01 Unilever przeciwko OHIM (Owalna tabletka), Rec. str. II-383, pkt 42, oraz ww. w pkt 20 wyrok w sprawie Kształt butelki, pkt 34].

28 W tym zakresie należy stwierdzić, że Izba Odwoławcza zasadniczo słusznie wskazała, że zapalniczka jest niedużym przedmiotem, którego detale są w konsekwencji trudno dostrzegalne. W przypadku towarów codziennego użytku poziom uwagi przeciętnego konsumenta, również jeśli chodzi o kształt zapalniczki, nie jest wysoki.

29 W trzeciej kolejności należy wspomnieć, że zgodnie z orzecznictwem w celu dokonania oceny, czy dany kształt towaru może być postrzegany przez odbiorców jako wskazówka pochodzenia, należy przeanalizować wywierane przez ten kształt wrażenie całości (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 19 września 2002 r. w sprawie C-104/00 P DKV przeciwko OHIM, Rec. str. I-7561, pkt 24). Nie stoi to

jednak na przeszkodzie sukcesywnemu badaniu wykorzystanych w nim poszczególnych elementów (ww. w pkt 21 wyrok w sprawie Procter & Gamble przeciwko OHIM, pkt 45, oraz ww. w pkt 27 wyrok w sprawie Owalna tabletka, pkt 54).

30 W tym zakresie Sąd zauważa, jak to również słusznie wskazuje Izba Odwoławcza w pkt 11 zaskarżonej decyzji, że podłużny i prosty kształt zbiornika stanowi kształt, który w sposób naturalny kojarzy się z przedmiotem przeznaczonym do trzymania w ręku i stanowi również najbardziej powszechny kształt dla zapalniczki krzesiwowej. Jedynie w bardzo niewielkim stopniu odróżnia się on od kształtu modeli, w których zbiornik jest lekko zwężony u podstawy. W odniesieniu do owalnego kształtu zbiornika w zgłoszonym znaku towarowym Sąd stwierdza, że kształt ten prawie w ogóle nie różni się od powszechnie przyjętego kształtu modeli o zaokrąglonych bokach.

31 Jeśli chodzi o kształt trapezu osłonki, to należy stwierdzić, jak to wskazuje Izba Odwoławcza w pkt 12 zaskarżonej decyzji, że osłonka w tym kształcie w bardzo niewielkim stopniu różni się od prostokątnych i kwadratowych osłonek innych zapalniczek występujących na rynku oraz że wszystkie osłonki cechują się tym, że są czworokątne, co sprawia, iż odróżnienie zgłoszonego znaku towarowego przez konsumenta jest mało prawdopodobne.

32 Izba Odwoławcza słusznie uznała, że półowalny kształt przycisku w zgłoszonym znaku towarowym niewiele różni się od klasycznego kształtu — półokrągłego lub kwadratowego — przycisku w innych zapalniczkach krzesiwowych występujących na rynku (pkt 13 zaskarżonej decyzji).

33 Sąd stwierdza ponadto, że niezależnie od kształtu zapalniczek krzesiwowych, mechanizm zapalający obejmujący radełko, osłonkę i przycisk jest zawsze umieszczony w górnej części zbiornika.

34 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że zgłoszony trójwymiarowy znak towarowy tworzy połączenie elementów przedstawienia, które w sposób naturalny przychodzą na myśl i są typowe dla omawianych towarów. W istocie rozpatrywany kształt nie różni się zasadniczo od niektórych podstawowych kształtów omawianych towarów, które są powszechnie używane w obrocie, a nawet wydaje się być raczej jednym z ich wariantów. Wynika z tego, jak to słusznie wskazuje Izba Odwoławcza, że żaden z elementów wspomnianego znaku towarowego — rozpatrywany samodzielnie lub w połączeniu z innymi elementami — nie posiada charakteru odróżniającego.

35 Ponadto z uwagi na to, że przeciętny konsument będzie zwykle mało uważny, jeśli chodzi o detale kształtu zapalniczki, i będzie go postrzegał całościowo, omawiany kształt nie pozwoli właściwemu kręgowi odbiorców na odróżnienie — w sposób natychmiastowy i pewny — zapalniczek krzesiwowych skarżącej od zapalniczek o innym pochodzeniu handlowym. W konsekwencji jest on pozbawiony charakteru odróżniającego w odniesieniu do tych towarów.

36 Z ogółu powyższych rozważań wynika, że Izba Odwoławcza słusznie stwierdziła, że zgłoszony znak towarowy pozbawiony jest charakteru odróżniającego w rozumieniu art. 7 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 40/94.

37 Wynika z tego, że zarzut oparty na naruszeniu art. 7 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 40/94 należy oddalić.

W przedmiocie zarzutu drugiego, opartego na naruszeniu art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 40/94

Argumenty stron

38 Skarżąca utrzymuje, że każde z kryteriów ustanowionych w wyroku Trybunału z dnia 4 maja 1999 r. w sprawach połączonych C-108/97 i C-109/97 Windsurfing Chiemsee, Rec. str. I-2779, pkt 51 i 53, w celu oceny uzyskania charakteru odróżniającego w następstwie używania znaku towarowego zostało spełnione w niniejszym przypadku. Tak więc w odniesieniu do udziału w rynku w 2002 r. skarżąca zanotowała 44-procentowy udział w europejskim rynku zapalniczek. Jeśli chodzi o intensywność używania, skarżąca podnosi, że ponad jedną trzecią swoich zapalniczek sprzedaje ona w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

39 W zakresie geograficznego zasięgu używania skarżąca odwołuje się do dwóch załączonych badań opinii publicznej, które mogą wykazać, że duża część zainteresowanego kręgu odbiorców przypisuje skarżącej kształt zapalniczki stanowiący zgłoszony znak towarowy. Ponadto wskazuje ona, że kształt jej zapalniczki został zarejestrowany w charakterze znaku towarowego w jedenastu krajach Unii Europejskiej, i to od razu, tzn. bez potrzeby przedstawienia przez nią dowodów używania znaku towarowego.

40 W zakresie okresu używania skarżąca zwraca uwagę, że jej pierwsza zapalniczka krzesiwowa została wprowadzona we Francji w 1973 r.

41 Skarżąca utrzymuje również, że osiągnęła obrót w wysokości ponad 350 mln EUR, wspierany przez inwestycje reklamowe i promocyjne, które od 1993 r. nigdy nie były niższe niż 55 mln EUR. Inwestycje te dowodzą zdaniem skarżącej, że konsument

tego rodzaju towaru jest w stanie — po ujrzeniu go w reklamach, mediach i punktach sprzedaży — rozpoznać go i domniemywać, że pochodzi on od skarżącej.

42 W odniesieniu do części zainteresowanych osób, które identyfikują towar jako pochodzący z określonego przedsiębiorstwa, skarżąca potwierdza, że palacze są podstawowymi docelowymi odbiorcami sprzedawanych przez nią zapalniczek oraz że prawie wszyscy z nich przypisują jej kształt stanowiący zgłoszony znak towarowy. Utrzymuje ona ponadto, że jej zapalniczka stała się na przestrzeni lat niezaprzeczalnym symbolem XX wieku o bardzo silnej tożsamości, co stanowi element nadający jej charakter odróżniający. Na poparcie tego argumentu przedstawia ona wycinki z książek i czasopism francuskich.

43 Ponadto dystrybutorzy skarżącej, w większości ustanowieni w krajach Unii Europejskiej, zaświadczyli, że sprzedaż zapalniczek BIC reprezentuje dużą część ich działalności oraz że te zapalniczki są w dużej mierze rozpoznawane przez konsumentów.

44 Skarżąca zarzuca Izbie Odwoławczej, że uznała ona, iż przedstawione przez nią dowody nie pozwalają na ustalenie, czy zgłoszony znak towarowy uzyskał charakter odróżniający w następstwie używania, gdyż dowody te nie wykazują wystarczającego związku ze wspomnianym znakiem towarowym, a związek ten nie został ustalony w dacie złożenia zgłoszenia.

45 Po pierwsze, w odniesieniu do związku pomiędzy dowodami a zgłoszonym znakiem towarowym skarżąca podnosi, że Izba Odwoławcza błędnie uznała, iż przedstawione przez nią w celu wykazania doniosłości jej inwestycji dane nie wykazywały wystarczającego związku ze zgłoszonym znakiem towarowym, ponieważ dotyczyły one nie tylko zapalniczek, ale również produkowanych przez nią maszynek do

golenia i długopisów. Skarżąca wskazuje w tym zakresie, że trudno było przedstawić specyficzne dane dotyczące zapalniczek, gdyż od 30 lat skupia się ona na produkcji i sprzedaży trzech towarów, a mianowicie długopisów, zapalniczek i maszynek do golenia, które charakteryzują się jednorodnością, jako że stanowią gamę produktów jednorazowego użytku. Ta szczególna cecha sprawia, że niewielkie nakłady reklamowe i promocyjne poniesione na jeden z tych trzech towarów działają w nieunikniony sposób na korzyść dwóch pozostałych.

46 Skarżąca dodaje, że nawet jeśli nie przedstawiła ona dokładnych danych co do nakładów dotyczących zapalniczek, tym niemniej jednak przedłożyła ona dowody na faktyczne poniesienie tych nakładów, przedstawiając liczne wycinki z gazet i czasopism o zasięgu międzynarodowym, różne spoty telewizyjne i kinematograficzne, jak również przykłady współpracy na poziomie światowym.

47 Skarżąca podkreśla, że w każdym razie w związku z zaskarżoną decyzją zdecydowała się rozdzielić — dla lat po roku 1998 — nakłady promocyjne i reklamowe, tak aby uwzględnić jedynie nakłady poniesione na zapalniczki. Jeśli chodzi o okres przed 1998 r., poniesione przez skarżącą nakłady były podobne, a nawet wyższe, ponieważ mają one decydujące znaczenie przy wprowadzeniu produktu na rynek.

48 W odniesieniu do twierdzenia Izby Odwoławczej, zgodnie z którym większość przedłożonych dowodów nie pozwala na ustalenie, czy faktycznie chodzi tutaj o zgłoszony znak towarowy, skarżąca utrzymuje, po pierwsze, że Izba Odwoławcza w sposób błędny i nieuzasadniony uznała, iż tabela dotycząca liczb sprzedaży pozbawiona jest znaczenia. Izba Odwoławcza stwierdziła w tym względzie, że żaden z dowodów nie pozwala na ustalenie, czy chodzi tutaj o zapalniczki odpowiadające kształtowi stanowiącemu zgłoszony znak towarowy, oraz że wskazanie skarżącej, zgodnie z którym sprzedaje ona jedynie dwie kategorie zapalniczek, nie jest wystarczające. Skarżąca uściśla w tym zakresie, że przedstawione przez nią w toku

postępowania odwoławczego od decyzji eksperta dane dotyczą wyłącznie kategorii zapalniczek krzesiwowych.

49 Po drugie, skarżąca podnosi, że Izba Odwoławcza niesłusznie stwierdziła, że związek pomiędzy kształtem stanowiącym zgłoszony znak towarowy a oświadczeniami dystrybutorów poświadczającymi sprzedaż „zapalniczek BIC classic" należy ustalić. Przypomina ona, że zapalniczka krzesiwowa została wynaleziona w 1973 r., podczas gdy zapalniczka elektroniczna ukazała się w 1991 r. Wobec tego w sposób naturalny i wynikający z przyzwyczajenia nazwa „BIC classic" jest używana do odróżnienia zapalniczki krzesiwowej — powszechnej już i znanej odbiorcom — od zapalniczki z elektronicznym mechanizmem zapalającym.

50 Izba Odwoławcza równie błędnie uznała, że poświadczenia dystrybutorów mogą zostać dopuszczone jedynie z trudem, ponieważ dystrybutorzy ci posiadają ten sam interes co skarżąca. W tym zakresie skarżąca podnosi, że o ile nie można zaprzeczyć jej powiązaniom handlowym z tymi dystrybutorami, o tyle nie posiadają oni jakiegokolwiek interesu w poświadczeniu znacznego sukcesu omawianego kształtu, jeśli nie są co do tego przekonani, ponieważ gdyby tak nie było, nieuchronnie zdecydowaliby się oni na dystrybucję innego towaru.

51 W odniesieniu do twierdzenia Izby Odwoławczej, zgodnie z którym trudno jest określić elementy, które skłaniają odbiorców do uznania towaru za oryginalny, Izba Odwoławcza nie może, zdaniem skarżącej, wskazywać, że oznaczenie, o którego rejestrację wniesiono, wydaje się opatrzone szczególnie odróżniającymi kolorem, logotypem lub słownym oznaczeniem z tym skutkiem, że trudno jest określić, który lub które z elementów skłaniają odbiorców do rozpoznania towaru jako towaru skarżącej. W istocie jej zdaniem, jej logotyp i znak towarowy BIC są bardzo mało dostrzegalne w przypadku umieszczenia ich na zapalniczce, a kolor pełni jedynie drugorzędną rolę.

52 Po drugie, uzasadnienie zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym dwa badania opinii publicznej przeprowadzone przez skarżącą, odpowiednio, w Hiszpanii oraz we Francji, we Włoszech, w Irlandii, w Grecji, w Szwecji i w Portugalii nie mogą zostać uwzględnione, ponieważ data ich przeprowadzenia (lipiec i listopad 2002 r.) jest późniejsza od daty złożenia wniosku o rejestrację, jest zdaniem skarżącej pozbawione jakiegokolwiek znaczenia.

53 Skarżąca przypomina, że wyniki dwóch przedstawionych badań opinii publicznej wykazują, że na terytorium Unii Europejskiej kształt stanowiący zgłoszony znak towarowy uzyskał w niezaprzeczalny sposób charakter odróżniający. Skarżąca potwierdza, że ponieważ kształt ten jest sprzedawany w intensywny sposób na terytorium Unii Europejskiej od 30 lat, mogła ona w drodze przeprowadzonych badań otrzymać dowód uzyskania przez zgłoszony znak towarowy charakteru odróżniającego. Utrzymuje ona, że wyniki tych badań byłyby bez wątpienia bardzo zbliżone, gdyby zostały przeprowadzone w przeddzień złożenia wniosku o rejestrację.

54 Skarżąca twierdzi, że ogół tych dowodów wykazuje, że kształt stanowiący zgłoszony znak towarowy uzyskał charakter odróżniający w następstwie używania przed datą złożenia zgłoszenia.

55 OHIM podnosi, że ocena dokonana przez Izbę Odwoławczą w zakresie braku uzyskania charakteru odróżniającego w następstwie używania znaku towarowego jest zgodna zarówno z brzmieniem art. 3 ust. 3 pierwszej dyrektywy Rady 89/104/EWG z dnia 21 grudnia 1988 r. mającej na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (Dz.U. 1989, L 40, str. 1), w świetle którego należy dokonywać wykładni art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 40/94, jak i z orzecznictwem Sądu.

56 Zdaniem OHIM, jeśli chodzi o parametr geograficzny, to z art. 7 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 40/94 wynika, że uzyskanie charakteru odróżniającego musi zostać dowiedzione dla części Wspólnoty, w której brak jest tego charakteru.

57 W tym zakresie OHIM jest przekonany, że przewidziany w art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 40/94 wymóg dotyczący geograficznego zasięgu jest spełniony, gdy uzyskanie charakteru odróżniającego jest wykazane dla różnych „regionów" Wspólnoty lub, innymi słowy, dla różnych „części" wspólnego rynku (centrum, wschód, zachód, południe i północ).

58 W niniejszej sprawie nie przedstawiono jakiejkolwiek wskazówki dotyczącej sposobu postrzegania znaku towarowego w centralnej części Wspólnoty (Niemcy i Austria) ani w dużym — ze względu na rozmiar i populację — państwie członkowskim w części zachodniej (Zjednoczone Królestwo).

59 OHIM uważa w konsekwencji, że odrzucenie wniosku o rejestrację znaku towarowego jest uzasadnione.

Ocena Sądu

60 Na podstawie art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 40/94 bezwzględne podstawy odmowy rejestracji określone w art. 7 ust. 1 lit. b)–d) tego rozporządzenia nie mają zastosowania, jeżeli w następstwie używania znak towarowy uzyskał charakter odróżniający w odniesieniu do towarów lub usług, dla których występuje się o rejestrację.

61 Po pierwsze, z orzecznictwa wynika, że uzyskanie charakteru odróżniającego w następstwie używania znaku towarowego zakłada, że przynajmniej znaczna część właściwego kręgu odbiorców z uwagi na znak towarowy identyfikuje dane towary lub usługi jako pochodzące z określonego przedsiębiorstwa [wyrok Sądu z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie T-399/02 Eurocermex przeciwko OHIM (Kształt butelki piwa), Rec. str. II-1391, pkt 42; zob. również analogicznie ww. w pkt 38 wyrok w sprawie Windsurfing Chiemsee, pkt 52, oraz ww. w pkt 24 wyrok w sprawie Philips, pkt 61 i 62].

62 Po drugie, aby rejestracja znaku towarowego na podstawie art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 40/94 była dopuszczalna, charakter odróżniający uzyskany w następstwie używania tego znaku musi zostać wykazany w znaczącej części Wspólnoty, w której jest on pozbawiony tego charakteru na podstawie art. 7 ust. 1 lit. b)–d) tego rozporządzenia [ww. w pkt 61 wyrok w sprawie Kształt butelki piwa, pkt 43, oraz wyrok Sądu z dnia 5 marca 2003 r. w sprawie T-237/01 Alcon przeciwko OHIM — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), Rec. str. II-411, pkt 52, zob. również podobnie wyrok Sądu z dnia 30 marca 2000 r. w sprawie T-91/99 Ford Motor przeciwko OHIM (OPTIONS), Rec. str. II-1925, pkt 26 i 27].

63 Po trzecie, należy wskazać, że w ww. w pkt 38 wyroku w sprawie Windsurfing Chiemsee (pkt 49) Trybunał orzekł, że „w celu ustalenia, czy znak towarowy uzyskał charakter odróżniający w następstwie używania, właściwy organ musi dokonać całościowej oceny dowodów mogących wykazać, że znak towarowy stał się zdolny do identyfikowania danego towaru jako pochodzącego z określonego przedsiębiorstwa, a zatem do odróżniania tego towaru od towarów innych przedsiębiorstw".

64 W tym zakresie należy rozważyć w szczególności udział w rynku, jaki ma znak towarowy, intensywność, zasięg geograficzny i okres używania tego znaku towarowego, wysokość nakładów przedsiębiorstwa związanych z jego promowaniem, odsetek zainteresowanego kręgu odbiorców rozpoznających z uwagi na znak towarowy towar jako pochodzący z określonego przedsiębiorstwa, opinie izb

handlowych i przemysłowych oraz innych stowarzyszeń zawodowych, jak również wyniki badań opinii publicznej (zob. podobnie ww. w pkt 61 wyrok w sprawie Kształt butelki piwa, pkt 44, zob. również analogicznie ww. w pkt 38 wyrok w sprawie Windsurfing Chiemsee, pkt 51, oraz ww. w pkt 24 wyrok w sprawie Philips, pkt 60).

65 Po czwarte, charakter odróżniający znaku towarowego, włączając w to również charakter odróżniający uzyskany w następstwie używania, należy oceniać w odniesieniu do towarów, dla których wnosi się o rejestrację znaku towarowego, z uwzględnieniem zakładanego sposobu postrzegania przez właściwie poinformowanego oraz dostatecznie uważnego i rozsądnego przeciętnego konsumenta danej kategorii towarów (zob. analogicznie ww. w pkt 24 wyrok w sprawie Philips, pkt 59 i 63).

66 Wreszcie uzyskanie charakteru odróżniającego w następstwie używania musi mieć miejsce przed złożeniem zgłoszenia znaku towarowego [wyrok Sądu z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie T-247/01 eCopy przeciwko OHIM (ECOPY), Rec. str. II-5301, pkt 36; zob. również podobnie wyrok Sądu z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie T-8/03 El Corte Inglés przeciwko OHIM — Pucci (EMILIO PUCCI), Zb.Orz. str. II-4297, pkt 71 i 72].

67 To właśnie w świetle tych rozważań należy dokonać badania, czy w niniejszej sprawie Izba Odwoławcza naruszyła prawo, odrzucając argumentację skarżącej, zgodnie z którą zgłoszony znak towarowy powinien był zostać dopuszczony do rejestracji dla wskazanych towarów na podstawie art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 40/94.

68 Zaskarżona decyzja nie zawiera jakichkolwiek stwierdzeń dotyczących części Wspólnoty, w której zgłoszony znak towarowy pozbawiony jest charakteru

odróżniającego na podstawie art. 7 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 40/94. Jednakże w przypadku znaków towarowych, które nie są słowne, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, należy zakładać, że ocena ich charakteru odróżniającego w świetle tego przepisu jest taka sama w odniesieniu do całej Wspólnoty, chyba że istnieją konkretne przesłanki wskazujące na to, że tak nie jest.

69 W zakresie dowodu uzyskania charakteru odróżniającego w następstwie używania Sąd stwierdza, że w niniejszej sprawie musi on zostać przedstawiony dla znaczącej części Wspólnoty.

70 Należy zatem dokonać analizy środków dowodowych przedstawionych przez skarżącą na tę okoliczność.

71 Przede wszystkim jeśli chodzi o tabele ukazujące nakłady reklamowe i promocyjne poniesione na zgłoszony znak towarowy, Izba Odwoławcza słusznie uznała, że przedstawione dowody dotyczące tych nakładów nie są wystarczające. W istocie dane dotyczące nakładów reklamowych i promocyjnych zostały przedstawione dla wszystkich towarów łącznie i w konsekwencji nie odnoszą się wyłącznie do zapalniczek krzesiwowych o kształcie stanowiącym omawiany znak towarowy. Skarżąca przyznaje w tym względzie, że nie przedstawiła ona danych dotyczących specyficznie jej nakładów związanych z zapalniczkami. Wobec tego ustalenie związku pomiędzy danymi znajdującymi się w tabelach a zgłoszonym znakiem towarowym nie jest możliwe.

72 W odniesieniu do tabeli zawierającej dane dotyczące nakładów promocyjnych i reklamowych poniesionych w związku z zapalniczkami w kolejnych latach po roku 1998 oraz w odniesieniu do pisma kuratora muzeum sztuki nowoczesnej w Nowym Jorku z dnia 15 kwietnia 2004 r. należy wskazać, że dokumenty te zostały przedstawione przez skarżącą w załączeniu do skargi. Izba Odwoławcza jest

zobowiązana uwzględnić środek dowodowy mogący być istotnym w ramach oceny uzyskania charakteru odróżniającego w następstwie używania, jedynie jeżeli zgłaszający znak towarowy przedstawił go w toku postępowania administracyjnego przed OHIM (ww. w pkt 66 wyrok w sprawie ECOPY, pkt 48). Tak więc dokumenty te, jako że nie zostały przedstawione w toku postępowania administracyjnego przed OHIM, nie mogą podważać zgodności z prawem zaskarżonej decyzji.

73 Tabela zawierająca liczby dotyczące sprzedaży zapalniczki BIC w latach 1972–2001 oraz tabela potwierdzająca udział w rynku zapalniczki BIC są również niewystarczające, gdyż widniejące w nich dane dotyczą zapalniczek BIC i nie zawierają jakiejkolwiek wskazówki odnoszącej się specyficznie do zgłoszonego w niniejszym przypadku znaku towarowego. Żaden z dodatkowo przedłożonych dowodów nie pozwala na ustalenie, że chodzi tutaj o zapalniczkę odpowiadającą kształtowi stanowiącemu zgłoszony znak towarowy.

74 Jeśli chodzi o tabelę dotyczącą liczb sprzedaży zapalniczki BIC (z radełkiem) w latach 1997–2003, to należy zauważyć, że zawarte w niej dane dotyczą całej Wspólnoty w ówczesnym kształcie oraz Norwegii, Polski i Szwajcarii. Mając na uwadze, że tabela ta wskazuje w ogólny sposób liczby sprzedaży w wyżej wymienionych krajach i nie dokonuje rozróżnienia pomiędzy tymi poszczególnymi rynkami krajowymi, nie można jej uwzględnić w ramach oceny uzyskania przez znak towarowy charakteru odróżniającego w następstwie używania.

75 W odniesieniu do wcześniejszych rejestracji w państwach członkowskich, które dotyczyły kształtu stanowiącego zgłoszony znak towarowy, Sąd stwierdza, że skarżąca w postępowaniu przed Izbą Odwoławczą podniosła, iż rejestracje te były dokonane bez wykazywania uzyskania charakteru odróżniającego w następstwie używania, co wskazuje na to, że oznaczenie posiada samoistny charakter odróżniający. Wynika z tego, że rejestracje te nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę Odwoławczą dla celów stosowania art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 40/94.

76 W zakresie artykułów, które ukazały się we francuskiej prasie, oraz wyciągu z książki „Le Design", opublikowanej przez francuskie wydawnictwo SCALA, która określiła zapalniczkę BIC jako przedmiot wzornictwa lub mody, należy wskazać, że dotyczą one wyłącznie sposobu postrzegania zapalniczki BIC przez odbiorców francuskich, a w konsekwencji nie mogą wykazywać, że kształt stanowiący zgłoszony znak towarowy uzyskał charakter odróżniający w następstwie używania w znacznej części Wspólnoty.

77 Jeśli chodzi o przedstawione przez skarżącą materiały reklamowe, to nie pozwalają one na jakiekolwiek konkretne stwierdzenia dotyczące czynników wspomnianych powyżej w pkt 64. Ponadto nie mogą one stanowić dowodu używania znaku towarowego w zgłoszonej postaci, ponieważ na wszystkich przedstawionych ilustracjach prezentacji zgłoszonego kształtu towarzyszy element słowny i graficzny. Wynika z tego, że materiały reklamowe nie mogą stanowić dowodu na to, że zainteresowany krąg odbiorców postrzega sam zgłoszony towarowy — samodzielnie i niezależnie od logotypu BIC — jako wskazujący pochodzenie handlowe omawianych towarów (zob. podobnie ww. w pkt 61 wyrok w sprawie Kształt butelki piwa, pkt 51).

78 W odniesieniu do przedstawionych przez skarżącą w ramach sporu oświadczeń dystrybutorów należy przypomnieć, że dla celów oceny mocy dowodowej dokumentu w pierwszej kolejności należy zbadać wiarygodność i prawdziwość zawartych w nim informacji. W tym zakresie w szczególności należy wziąć pod uwagę pochodzenie dokumentu, okoliczności jego sporządzenia, jego adresata, a następnie zadać sobie pytanie, czy z uwagi na jego treść wydaje się on sensowny i wiarygodny [wyrok Sądu z dnia 7 czerwca 2005 r. w sprawie T-303/03 Lidl Stiftung przeciwko OHIM — REWE-Zentral (Salvita), Zb.Orz. str. II-1917, pkt 42].

79 Po pierwsze, w niniejszej sprawie Sąd stwierdza, że niektóre oświadczenia pochodzą od dystrybutorów takich jak BIC Belgium SPRL, BIC Netherlands BV, BIC UK Ltd, BIC Violex SA, którzy zgodnie ze sprawozdaniem rocznym skarżącej za rok 2002 stanowią jej oddziały, w których skarżąca posiada udziały w wysokości co najmniej 99% (z wyjątkiem BIC Violex, w której posiada ona udział w wysokości 50,5%, i BIC Ballograf AB, w której posiada ona udziały w wysokości 16%). Stwierdzenie to nie zostało ponadto zakwestionowane przez skarżącą w trakcie rozprawy. Należy

wskazać, że w konsekwencji same te oświadczenia nie mogą stanowić wystarczającego dowodu uzyskania przez zgłoszony znak towarowy charakteru odróżniającego w następstwie używania z uwagi na silne związki łączące skarżącą z jej oddziałami. Stanowią one jedynie przesłanki, które należy poprzeć dalszymi środkami dowodowymi. Po drugie, Sąd zauważa, że wszystkie te oświadczenia, włączając w to również oświadczenia innych dystrybutorów, którzy nie stanowią oddziałów skarżącej lub spółek, w których posiada ona udziały, wydają się być podyktowane przez skarżącą, ponieważ mają one identyczną treść. W istocie okazuje się, że wszystkie oświadczenia zawierają wcześniej przygotowany tekst, dosłownie przetłumaczony w kilku wersjach językowych, a czasem stanowią po prostu kserokopie, w których puste miejsca zostały następnie wypełnione przez dystrybutorów. Po trzecie, Sąd stwierdza ponadto, że oświadczenia te w żaden sposób nie odnoszą się do danych dotyczących liczb obrazujących sprzedaż dokonaną na rozważanym terytorium, a jeśli chodzi o znaczenie tej sprzedaży dla dystrybutorów — zawierają jedynie zwykłe pochwały.

80 Należy wskazać ponadto, że wspomniane oświadczenia pozwalają co najwyżej na ustalenie istnienia dystrybucji omawianych towarów w krajach, w których obecni są dystrybutorzy, i w związku z tym mogą wykazywać wyłącznie zasięg geograficzny dystrybucji towarów oznaczanych zgłoszonym znakiem towarowym, co stanowi jedynie jeden z czynników, które mogą być brane pod uwagę przy ocenie uzyskania przez zgłoszony znak towarowy, na który składa się wyłącznie kształt zapalniczki, charakteru odróżniającego w następstwie używania.

81 Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że przedstawione przez skarżącą oświadczenia dystrybutorów nie posiadają wystarczającej mocy dowodowej.

82 Wreszcie w odniesieniu do dwóch badań opinii publicznej przeprowadzonych przez skarżącą po złożeniu wniosku o rejestrację znaku towarowego, a przed wszczęciem postępowania administracyjnego, tj. w lipcu i listopadzie 2002 r., należy wskazać, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału środki dowodowe na okoliczność używania znaku towarowego, które zostały przedłożone po dacie zgłoszenia, mogą zostać

uwzględnione jedynie w przypadku gdy pozwalają one na wyciągnięcie wniosków w zakresie używania znaku towarowego w postaci, w której występuje on w dacie zgłoszenia (zob. podobnie postanowienia Trybunału z dnia 27 stycznia 2004 r. w sprawie C-259/02 La Mer Technology, Rec. str. I-1159, pkt 31, oraz z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C-192/03 P Aldon przeciwko OHIM, Zb.Orz. str. I-8993, pkt 41).

83 W niniejszej sprawie Sąd stwierdza, że omawiane badania opinii publicznej nie pozwalają na ustalenie, że właściwy krąg odbiorców identyfikuje — na podstawie kształtu stanowiącego znak towarowy — rozważany towar jako pochodzący ze spółki BIC, a nie z innej spółki.

84 Jeśli chodzi o badanie opinii publicznej przeprowadzone w listopadzie 2002 r. wśród palaczy we Francji, we Włoszech, w Irlandii, w Grecji, w Szwecji i w Portugalii, Sąd stwierdza, że badanym zostały przedstawione sam wzór lub samo zdjęcie zapalniczek BIC, bez zamieszczenia elementów słownych lub graficznych, oraz że zostało im postawione pytanie, z którym znakiem towarowym najbardziej kojarzy im się przedstawiona zapalniczka. W konsekwencji nie można stwierdzić, że badanie to wykazuje, że znaczna część konsumentów francuskich, włoskich, irlandzkich, greckich, szwedzkich i portugalskich identyfikuje za pomocą zgłoszonego znaku towarowego omawiany towar jako pochodzący ze spółki BIC, a nie z innej spółki. Byłoby inaczej, gdyby w ramach badania przedstawiono, zamiast jedynie kształtu stanowiącego zgłoszony znak towarowy, również inne kształty zapalniczek. Można by wtedy uwzględnić liczbę osób przypisujących — spontanicznie i bez pozostawania pod jakimkolwiek wpływem — wizerunek omawianego kształtu spółce BIC.

85 Ponadto należy wskazać, że w przypadku gdy badani nie znali odpowiedzi na wspomniane pytanie, przedstawiana była lista słownych znaków towarowych (BIC, CLIPPER, TOKAÏ, CRICKET i in.), tak aby mogli oni wybrać odpowiedź.

86 Skoro prawdą jest, jak to utrzymuje skarżąca, że spółka BIC jest jednym z przedsiębiorstw, które utworzyły w 1973 r. rynek zapalniczek krzesiwowych jednorazowego użytku i jest ona „liderem na rynku zapalniczek", to logiczne

i przewidywalne jest to, że pierwszym znakiem towarowym przychodzącym na myśl badanym jest znak towarowy BIC, niezależnie od przedstawionego kształtu. Miało to miejsce tym bardziej, że do zadanego pytania dołączono listę słownych znaków towarowych, którym można było przypisać przedstawiony kształt. W tym zakresie należy zauważyć, że sama skarżąca przyznała podczas rozprawy, iż odpowiedź na zadane pytanie w tym ostatnim przypadku mogła zostać w istocie zasugerowana.

87 Takie same rozważania nasuwają się w odniesieniu do badania opinii publicznej przeprowadzonego w Hiszpanii w lipcu 2002 r., po raz kolejny wśród palaczy. W badaniu tym badanym przedstawiono wizerunek kształtu zapalniczki MiniBIC J5, który stanowi jedynie zmniejszoną wersję kształtu stanowiącego zgłoszony znak towarowy, wraz z listą poszczególnych słownych znaków towarowych (BIC, CLIPPER, BRIO lub TOKAÏ), celem ustalenia, z którym znakiem kojarzą oni przedstawiony wizerunek. Nie można zatem uznać, że badanie to wykazuje, że znaczna część konsumentów hiszpańskich identyfikuje omawiany towar jako pochodzący ze spółki BIC i odróżnia te towary od towarów innych przedsiębiorstw.

88 Ponadto Sąd stwierdza, że przedstawiony w tym badaniu zapytanym hiszpańskim palaczom wizerunek zapalniczki ukazuje zapalniczkę od przodu, a nie z boku, co powoduje, że pytani nie mogli rozpoznać owalnego kształtu zbiornika, który to stanowi zdaniem skarżącej jedną z trzech cech odróżniających na rynku zapalniczkę BIC od innych zapalniczek.

89 Z ogółu powyższych rozważań wynika, że Izba Odwoławcza słusznie stwierdziła, iż skarżąca nie wykazała, że zgłoszony w niniejszym przypadku znak towarowy uzyskał charakter odróżniający w następstwie używania w znaczącej części Wspólnoty.

90 W konsekwencji zarzut drugi również należy oddalić, a co za tym idzie — należy oddalić skargę w całości.

W przedmiocie kosztów

91 Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu Sądu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ skarżąca przegrała sprawę, należy — zgodnie z żądaniem OHIM — obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów

SĄD (trzecia izba)

orzeka, co następuje:

1) Skarga zostaje oddalona.

2) Skarżąca zostaje obciążona kosztami postępowania.

Jaeger Azizi Cremona

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 15 grudnia 2005 r.

Sekretarz Prezes

E. Coulon M. Jaeger