ROZSUDOK SÚDU PRVÉHO STUPŇA (tretia komora)
z 15. decembra 2005 *

Vo veci T-262/04,

BIC SA, so sídlom v Clichy (Francúzsko), v zastúpení: M.-P. Escande a A. Guillemin, advokáti,

žalobca,

proti

Úradu pre harmonizáciu vnútorného trhu (ochranné známky a vzory) (ÚHVT), v zastúpení: A. Folliard-Monguiral, splnomocnený zástupca,

žalovanému,

ktorej predmetom je návrh na zrušenie rozhodnutia štvrtého odvolacieho senátu ÚHVT zo 6. apríla 2004 (vec R 468/2003-4) týkajúceho sa zápisu trojrozmernej ochrannej známky vyjadrenej v tvare kamienkového zapaľovača ako ochrannej známky Spoločenstva,

* Jazyk konania: francúzština.

SÚD PRVÉHO STUPŇA EURÓPSKYCH SPOLOČENSTIEV (tretia komora),

v zložení: predseda komory M. Jaeger, sudcovia J. Azizi a E. Cremona,

tajomník: B. Pastor, zástupkyňa tajomníka,

so zreteľom na žalobu podanú do kancelárie Súdu prvého stupňa 25. júna 2004,

so zreteľom na vyjadrenie k žalobe podané do kancelárie Súdu prvého stupňa 13. septembra 2004,

po pojednávaní z 11. mája 2005,

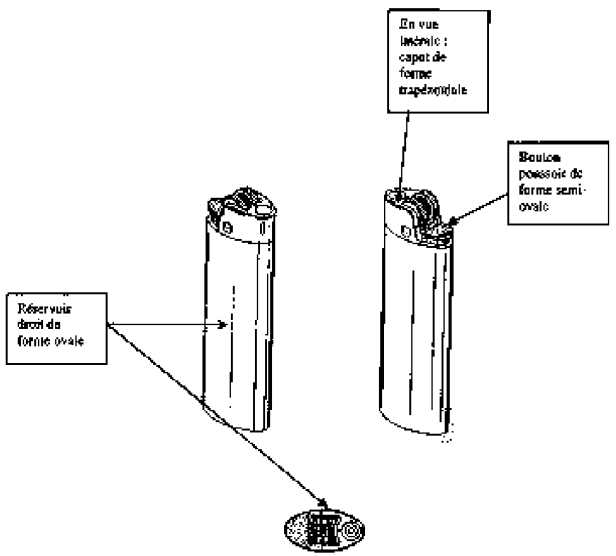
vyhlásil tento

Rozsudok

Okolnosti predchádzajúce sporu

1 Žalobca podal 5. júla 2000 na Úrad pre harmonizáciu vnútorného trhu (ochranné známky a vzory) (ÚHVT) prihlášku ochrannej známky Spoločenstva podľa nariadenia Rady (ES) č. 40/94 z 20. decembra 1993 o ochrannej známke spoločenstva (Ú. v. ES L 11, 1994, s. 1; Mim. vyd. 17/001, s. 146) v znení zmien a doplnení.

2 Prihláška ochrannej známky bola podaná na zápis tejto trojrozmernej ochrannej známky:



3 Výrobky uvedené v prihláške patria do triedy 34 v zmysle Niceskej dohody o medzinárodnom triedení výrobkov a služieb pre zápis známok z 15. júna 1957 v revidovanom a doplnenom znení a zodpovedajú tomuto opisu: „Tabak, potreby pre fajčiarov, zapaľovače, zápalky“. V prihláške sa nenachádza žiadna požiadavka na farbu.

4 Prieskumový pracovník zamietol 5. júna 2003 prihlášku pre tovary „potreby pre fajčiarov, zapaľovače“ z dôvodu, že predmetné označenie nemá rozlišovaciu spôsobilosť.

5 Žalobca podal 29. júla 2003 na ÚHVT odvolanie podľa článkov 57 až 62 nariadenia č. 40/94 proti rozhodnutiu prieskumového pracovníka.

6 Odvolanie bolo zamietnuté rozhodnutím štvrtého odvolacieho senátu zo 6. apríla 2004 (ďalej len „napadnuté rozhodnutie"). Odvolací senát v podstate usúdil, že prihlasovaná ochranná známka nemá rozlišovaciu spôsobilosť v zmysle článku 7 ods. 1 písm. b) nariadenia č. 40/94 a predložené dôkazy neumožňujú preukázať, že takú spôsobilosť nadobudla v dôsledku jej používania.

Návrhy účastníkov konania

7 Žalobca navrhuje, aby Súd prvého stupňa:

— zrušil napadnuté rozhodnutie,

— zaviazal ÚHVT na náhradu trov konania.

8 ÚHVT navrhuje, aby Súd prvého stupňa:

— zamietol žalobu,

— zaviazal žalobcu na náhradu trov konania, ak zamietne žalobu v celom rozsahu,

— zaviazal žalobcu znášať svoje vlastné trovy konania, ak napadnuté rozhodnutie zruší iba čiastočne.

Právny stav

9 Žalobca uvádza na podporu svojej žaloby dva dôvody, pričom prvý je založený na porušení článku 7 ods. 1 písm. b) a druhý na porušení článku 7 ods. 3 nariadenia č. 40/94.

O prvom žalobnom dôvode založenom na porušení článku 7 ods. 1 písm. b) nariadenia č. 40/94

Tvrdenia účastníkov konania

10 Podľa žalobcu je rozlišovacia spôsobilosť tvaru jeho zapaľovača, ktorý zodpovedá 44 % podielu na trhu v Európe, nepochybná, pokiaľ sa porovná s inými tvarmi zapaľovača najviac zastúpenými na trhu. Posúdenie rozlišovacej spôsobilosti by sa malo uskutočniť so zreteľom na tieto zapaľovače: CRICKET (16 % podiel na trhu), TOKAÏ (16 % podiel na trhu), TOM FLAME, BAÏDE a PROF (tri ochranné známky ázijských zapaľovačov zodpovedajúce 23 % podielu na trhu), CLIPPER a BRIO (1 % podiel na trhu).

11 Žalobca tvrdí, že vzhľadom na tieto zapaľovače sa tvar jeho zapaľovača ukazuje ako silne individualizovaný tvar tovaru a líši sa aj od tradičných tvarov iných tovarov vyskytujúcich sa na tom istom trhu.

12 ÚHVT si vo svojich úvahách vnútorne protirečí v rozsahu, v akom tvrdí, že detaily tvaru, z ktorého prihlasovaná ochranná známka pozostáva, by boli na trhu bežné, hoci uvádza, že tie isté detaily by sa odlišovali od detailov iných zapaľovačov, aj keď je táto odlišnosť „neveľmi zjavná" alebo „neveľmi rozoznateľná".

13 Rozhodnutie ÚHVT okrem toho vytvára dojem, že európsky trh so zapaľovačmi tvoria uniformné výrobky so zhodnými vlastnosťami od všetkých výrobcov, zatiaľ čo prieskumový pracovník uviedol, že sa na trhu nachádzajú rôznorodé výrobky.

14 Žalobca navyše tvrdí, že posúdenie ÚHVT, založené na útržkovitej analýze predmetného tvaru, ktorá bola výsledkom porovnania každého z jeho detailov s detailmi odlišných modelov zapaľovačov vyskytujúcich sa na trhu nehľadiac na spôsob, akým boli tieto detaily usporiadané, predstavuje nesprávne uplatnenie článku 7 ods. 1 písm. b) nariadenia č. 40/94.

15 Žalobca v tomto ohľade poznamenáva, že žiaden z iných tvarov zapaľovačov, ktoré sú v súčasnosti dostupné na trhu, nemá súhrn vlastností zapaľovača zodpovedajúcich prihlasovanej ochrannej známke, najmä kombináciu zvislej nádržky oválneho tvaru, krytu lichobežníkového tvaru a tlačidla v tvare polovice oválu. Aj keď vlastnosti tvaru, z ktorého prihlasovaná ochranná známka pozostáva, sa v detailoch líšia od iných tvarov zapaľovačov nedostatočne na to, aby každá z nich mala rozlišovaciu spôsobilosť, skutočnosťou podľa žalobcu zostáva, že ich kombinácia sa ukazuje ako špecifická, a teda umožňuje priznať celku rozlišovaciu spôsobilosť, ktorá je nevyhnutná na jeho zápis za ochrannú známku Spoločenstva. Ak niektoré zapaľovače pripomínajú blízkym prvkom predmetný tvar, ide o napodobeninu iba jednej z jeho vlastností a nie celku.

16 Tvar zapaľovača okrem toho nie je daný povahou alebo funkciou tovaru a nepreukázalo sa, že v čase podania prihlášky trojrozmernej ochrannej známky bol tvar zapaľovača nevyhnutným tvarom tovaru, a tak nemohol vyjadrovať rozlišovaciu spôsobilosť ochrannej známky.

17 Rozhodnutie ÚHVT by preto malo byť podľa žalobcu zrušené, keďže sa v ňom uvádzalo, že prihlasovaná ochranná známka zjavne nemá rozlišovaciu spôsobilosť.

18 ÚHVT tvrdí, že odvolací senát dôvodne usudzoval, že prihlasovaná ochranná známka nie je pre označované tovary rozlišujúca so zreteľom na príslušnú skupinu verejnosti.

Posúdenie Súdom prvého stupňa

19 V súlade s článkom 4 nariadenia č. 40/94 môže ochranná známka Spoločenstva pozostávať z tvaru tovarov za predpokladu, že tento tvar je spôsobilý rozlíšiť tovary jedného podniku od tovarov iných podnikov. Okrem toho sa podľa článku 7 ods. 1 písm. b) tohto nariadenia do registra nezapíšu „ochranné známky, ktoré nemajú rozlišovaciu spôsobilosť".

20 Po prvé treba pripomenúť, že podľa judikatúry sú ochrannými známkami, na ktoré sa vzťahuje článok 7 ods. 1 písm. b) nariadenia č. 40/94, najmä tie ochranné známky, ktoré sa z pohľadu príslušnej skupiny verejnosti všeobecne používajú v obchodnom styku pri prezentácii predmetných tovarov alebo služieb alebo vo vzťahu ku ktorým prinajmenšom existujú konkrétne náznaky umožňujúce dospieť k záveru, že ich možno týmto spôsobom používať. Označenia, na ktoré sa vzťahuje toto ustanovenie, okrem toho nie sú schopné plniť základnú funkciu ochrannej známky, a to

identifikovať pôvod tovaru alebo služby, aby sa tak umožnilo spotrebiteľovi, ktorý nadobudne tovar alebo službu označenú ochrannou známkou, uskutočniť pri neskoršom nadobúdaní rovnaký výber, ak sa skúsenosť ukázala ako pozitívna, alebo uskutočniť iný výber, ak sa ukázala ako negatívna [rozsudky Súdu prvého stupňa z 3. decembra 2003, Nestlé Waters France/ÚHVT (Tvar fľaše), T-305/02, Zb. s. II-5207, bod 28; z 31. marca 2004, Fieldturf/ÚHVT (LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS), T-216/02, Zb. s. II-1023, body 23 a 24, a z 24. novembra 2004, Henkel/ÚHVT (Tvar bielej a priehľadnej fľaše), T-393/02, Zb. s. II-4115, bod 30].

21 Rozlišovacia spôsobilosť ochrannej známky sa teda musí posúdiť jednak vo vzťahu k tovarom alebo službám, o ktorých zápis sa žiada, a jednak vo vzťahu k jej vnímaniu príslušnou skupinou verejnosti [rozsudok Súdneho dvora z 29. apríla 2004, Procter & Gamble/ÚHVT, C-468/01 P až C-472/01 P, Zb. s. I-5141, bod 33; rozsudky Súdu prvého stupňa z 30. apríla 2003, Axions a Belce/ÚHVT (Tvar cigary hnedej farby a tvar zlatého ingotu), T-324/01 a T-110/02, Zb. s. II-1897, bod 30; Tvar fľaše, už citovaný v bode 20 vyššie, bod 29, a Tvar bielej a priehľadnej fľaše, už citovaný v bode 20 vyššie, bod 32].

22 Pokiaľ ide o tovary označené v prihláške ochrannej známky, je namieste pripomenúť, že prihlasované označenie pozostáva z tvaru tovaru, a to kamienkového zapaľovača, vyznačujúceho sa zvislou nádržkou oválneho tvaru, krytom lichobežníkového tvaru a tlačidlom v tvare polovice oválu, takže tovary zohľadňované pri posudzovaní rozlišovacej spôsobilosti prihlasovanej ochrannej známky sú kamienkové zapaľovače.

23 Čo sa týka príslušnej skupiny verejnosti, treba usudzovať, že kamienkové zapaľovače sú tovary bežnej spotreby určené všetkým spotrebiteľom. Rozlišovaciu spôsobilosť prihlasovanej ochrannej známky je teda potrebné posudzovať so zreteľom na

predpokladané očakávanie priemerného, riadne informovaného a primerane pozorného a obozretného spotrebiteľa (rozsudky Procter & Gamble/ÚHVT, už citovaný v bode 21 vyššie, bod 33; Tvar cigary hnedej farby a tvar zlatého ingotu, už citovaný v bode 21 vyššie, bod 31; Tvar fľaše, už citovaný v bode 20 vyššie, bod 33, a Tvar bielej a priehľadnej fľaše, už citovaný v bode 20 vyššie, bod 33; pozri tiež analogicky rozsudok Súdneho dvora z 12. februára 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, Zb. s. I-1619).

24 Po druhé treba pripomenúť, že podľa judikatúry sa kritériá posúdenia rozlišovacej spôsobilosti trojrozmerných ochranných známok pozostávajúcich z tvaru samotného tovaru nelíšia od kritérií uplatňovaných na iné kategórie ochranných známok (rozsudky Tvar cigary hnedej farby a tvar zlatého ingotu, už citovaný v bode 21 vyššie, bod 32, a Tvar fľaše, už citovaný v bode 20 vyššie, bod 35; pozri tiež analogicky rozsudky Súdneho dvora z 18. júna 2002, Philips, C-299/99, Zb. s. I-5475, bod 48, a z 8. apríla 2003, Linde a i., C-53/01 až C-55/01, Zb. s. I-3161, body 42 a 46).

25 V rámci uplatňovania týchto kritérií je však namieste zohľadniť skutočnosť, že vnímanie príslušnej skupiny verejnosti nie je v prípade trojrozmernej ochrannej známky pozostávajúcej z tvaru samotného tovaru nevyhnutne rovnaké ako v prípade slovnej alebo obrazovej ochrannej známky, ktorá sa skladá z označenia nezávislého od vzhľadu tovarov, ktoré označuje. Priemerní spotrebitelia totiž nemajú za neprítomnosti akéhokoľvek grafického alebo textového prvku vo zvyku usudzovať o pôvode tovarov na základe ich tvaru alebo tvaru ich obalu, a teda vo vzťahu k takej trojrozmernej ochrannej známke by mohlo byť ťažšie preukázať rozlišovaciu spôsobilosť ako vo vzťahu k slovnej alebo obrazovej ochrannej známke (rozsudok Súdneho dvora z 29. apríla 2004, Henkel/ÚHVT, C-456/01 P a C-457/01 P, Zb. s. I-5089, bod 38).

26 Za týchto podmienok, čím viac sa tvar, z ktorého prihlasovaná ochranná známka pozostáva, približuje najpravdepodobnejšiemu tvaru predmetného tovaru, tým je

pravdepodobnejšie, že uvedený tvar nemá rozlišovaciu spôsobilosť v zmysle článku 7 ods. 1 písm. b) nariadenia č. 40/94. Jedine ochranná známka, ktorá sa výrazne líši od normy alebo zvykov odvetvia, a tým je spôsobilá plniť svoju základnú funkciu označenia pôvodu, nie je pozbavená rozlišovacej spôsobilosti v zmysle uvedeného ustanovenia (rozsudok Procter & Gamble/ÚHVT, už citovaný v bode 21 vyššie, bod 37).

27 Ešte je namieste uviesť, že vnímanie ochrannej známky dotknutou verejnosťou, v prejednávanej veci priemernými spotrebiteľmi, je ovplyvnené stupňom jej pozornosti, ktorý môže kolísať v závislosti od kategórie predmetných tovarov alebo služieb [rozsudky Súdu prvého stupňa z 5. marca 2003, Unilever/ÚHVT (Oválna tableta), T-194/01, Zb. s. II-383, bod 42, a Tvar fľaše, už citovaný v bode 20 vyššie, bod 34].

28 V tomto ohľade je potrebné konštatovať, že odvolací senát správne uviedol v podstate to, že zapaľovač je predmet drobnej veľkosti, ktorého detaily sú preto ťažko viditeľné. Pokiaľ ide o tovary každodennej spotreby, stupeň pozornosti priemerného spotrebiteľa so zreteľom na tvar zapaľovača nie je vysoký.

29 Po tretie treba pripomenúť, že podľa judikatúry je na posúdenie toho, či tvar predmetného tovaru môže verejnosť vnímať ako označenie pôvodu, namieste posudzovať celkový dojem vyvolaný týmto tvarom (pozri v tomto zmysle rozsudok Súdneho dvora z 19. septembra 2002, DKV/ÚHVT, C-104/00 P, Zb. s. I-7561, bod 24). To však nie je nezlučiteľné s postupným skúmaním rozličných použitých prvkov

vzhľadu (rozsudky Procter & Gamble/ÚHVT, už citovaný v bode 21 vyššie, bod 45, a Oválna tableta, už citovaný v bode 27 vyššie, bod 54).

30 Súd prvého stupňa v tomto ohľade poznamenáva, že — ako správne uviedol odvolací senát v bode 11 napadnutého rozhodnutia — pozdĺžny a zvislý tvar nádržky je tvarom, ktorý prirodzene prichádza na myseľ pre predmet určený na držanie v ruke, a tiež najbežnejším tvarom pre kamienkový zapaľovač. Veľmi málo sa líši od tvaru modelov, ktorých nádržka je zospodu mierne zúžená. Čo sa týka oválneho tvaru nádržky prihlasovanej ochrannej známky, Súd prvého stupňa konštatuje, že tento tvar sa takmer nelíši od tvaru bežných modelov so zaoblenými bokmi.

31 Pokiaľ ide o lichobežníkový tvar krytu, je namieste konštatovať, ako odvolací senát uvádza v bode 12 napadnutého rozhodnutia, že kryt v tomto tvare sa veľmi málo líši od obdĺžnikových a štvorcových krytov iných zapaľovačov vyskytujúcich sa na trhu a všetky sú charakteristické tým, že sú štvoruholníkové, čo robí rozlišovanie prihlasovanej ochrannej známky spotrebiteľom málo pravdepodobným.

32 Čo sa týka tvaru polovice oválu tlačidla prihlasovanej ochrannej známky, odvolací senát sa správne domnieva, že sa málo líši od klasického tvaru (polkruhového alebo štvorcového) tlačidla iných kamienkových zapaľovačov nachádzajúcich sa na trhu (bod 13 napadnutého rozhodnutia).

33 Súd prvého stupňa okrem toho konštatuje, že bez ohľadu na tvar kamienkových zapaľovačov sa systém zapaľovania, ktorý pozostáva z kolieska, krytu a tlačidla, nachádza v hornej časti nádržky.

34 So zreteľom na to, čo bolo uvedené, je namieste usúdiť, že prihlasovaná trojrozmerná ochranná známka pozostáva z kombinácie prvkov vzhľadu, ktoré prirodzene prichádzajú na myseľ a sú pre dotknuté tovary typické. Predmetný tvar sa totiž podstatne neodlišuje od určitých základných tvarov dotknutých tovarov, ktoré sa pri obchodnej činnosti bežne používajú, ale skôr vyzerá ako ich variant. Z toho vyplýva, ako správne uvádza odvolací senát, že žiaden prvok uvedenej ochrannej známky nemá samostatne ani v kombinácii s inými prvkami rozlišovaciu spôsobilosť.

35 Navyše, vzhľadom na to, že priemerný spotrebiteľ bude vo všeobecnosti málo pozorný voči detailom tvaru zapaľovača a bude mať o ňom iba všeobecnú predstavu, predmetný tvar neumožní príslušnej skupine verejnosti okamžite a s určitosťou rozlíšiť kamienkové zapaľovače žalobcu od kamienkových zapaľovačov s iným obchodným pôvodom. Preto vo vzťahu k týmto tovarom nemá rozlišovaciu spôsobilosť.

36 Zo súhrnu uvedených úvah vyplýva, že odvolací senát správne usúdil, že prihlasovaná ochranná známka nemá rozlišovaciu spôsobilosť v zmysle článku 7 ods. 1 písm. b) nariadenia č. 40/94.

37 Z toho vyplýva, že žalobný dôvod založený na porušení článku 7 ods. 1 písm. b) nariadenia č. 40/94 sa musí zamietnuť.

O druhom žalobnom dôvode založenom na porušení článku 7 ods. 3 nariadenia č. 40/94

Tvrdenia účastníkov konania

38 Žalobca tvrdí, že každé z kritérií uvedených v rozsudku Súdneho dvora zo 4. mája 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 a C-109/97, Zb. s. I-2779, body 51 a 53), na posúdenie nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti v dôsledku používania ochrannej známky je v prejednávanej veci splnené. Tak, pokiaľ ide o podiel na trhu, žalobca ovládal roku 2002 44 % európskeho trhu so zapaľovačmi. Čo sa týka intenzity používania, žalobca tvrdí, že v členských štátoch Európskej únie predáva viac ako tretinu svojich zapaľovačov.

39 Pokiaľ ide o územný rozsah používania, žalobca poukazuje na dva prieskumy predložené na pojednávaní, ktoré môžu preukázať, že veľká časť dotknutej verejnosti pripisuje tvar zapaľovača, z ktorého prihlasovaná ochranná známka pozostáva, žalobcovi. Okrem toho uvádza, že dosiahol zápis tvaru svojho zapaľovača ako ochrannej známky v jedenástich krajinách Európskej únie, a to hneď, teda bez toho, aby musel predkladať dôkazy o používaní svojej ochrannej známky.

40 Čo sa týka dĺžky používania, žalobca poznamenáva, že jeho prvý kamienkový zapaľovač bol uvedený na trh vo Francúzsku roku 1973.

41 Žalobca ešte uvádza, že obrat viac ako 350 miliónov eur dosiahol s podporou reklamných a propagačných investícií, ktoré od roku 1993 neboli nikdy nižšie ako 55 miliónov eur. Tieto investície podľa žalobcu preukazujú, že spotrebiteľ tohto typu

tovaru je — keďže ho videl v reklamách, médiách a na predajných miestach — schopný ho rozpoznať a usúdiť, že pochádza od žalobcu.

42 Pokiaľ ide o veľkosť záujmovej skupiny, ktorá tovar identifikuje ako pochádzajúci od určitého podniku, žalobca tvrdí, že hlavnou cieľovou skupinou zapaľovačov, ktoré vyrába, sú fajčiari a prakticky všetci z nich pripisujú tvar, z ktorého prihlasovaná ochranná známka pozostáva, žalobcovi. Okrem toho uvádza, že jeho zapaľovač sa v priebehu rokov stal nenahraditeľným predmetom 20. storočia, vybaveným veľmi silnou identitou, čo predstavuje prvok, ktorý mu poskytuje jeho rozlišovaciu spôsobilosť. Na podporu tohto tvrdenia predkladá úryvky z francúzskych kníh a časopisov.

43 Okrem toho, distribútori žalobcu, z ktorých väčšina má sídlo v krajinách Európskej únie, dosvedčili, že zapaľovače BIC predstavujú významnú časť ich činnosti a spotrebitelia tieto zapaľovače zväčša rozpoznávajú.

44 Žalobca odvolaciemu senátu vyčíta, že usúdil, že žalobcom predložené dôkazy neumožňujú preukázať, že prihlasovaná ochranná známka nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním, pretože tieto dôkazy nemajú dostatočne preukázanú súvislosť s uvedenou ochrannou známkou a tento vzťah nebol zaznamenaný ku dňu podania prihlášky.

45 V prvom rade, pokiaľ ide o súvislosť medzi dôkazmi a prihlasovanou ochrannou známkou, žalobca tvrdí, že odvolací senát nesprávne usúdil, že údaje oznámené na účely preukázania výšky jeho investícií sa nevyznačujú dostatočne preukázanou súvislosťou s prihlasovanou ochrannou známkou v tom, že sa netýkajú výlučne zapaľovačov, ale rovnako aj holiacich strojčekov a pier, ktoré vyrába. Žalobca v tomto

ohľade uvádza, že bolo pre neho ťažké predložiť osobitné údaje týkajúce sa zapaľovačov, vzhľadom na to, že sa už 30 rokov zameriava na výrobu a predaj troch tovarov, a to pier, zapaľovačov a holiacich strojčekov, ktoré sa vyznačujú ich rovnorodosťou v tom, že tvoria sortiment tovarov na jedno použitie. Táto osobitosť spôsobuje, že z prakticky každej reklamnej alebo propagačnej investície, ktorú uskutoční pre jeden z týchto troch tovarov, majú nevyhnutne prospech aj dva ostatné.

46 Žalobca dodáva, že síce nepredložil presné údaje o investíciách týkajúcich sa zapaľovačov, ale uviedol dôkazy týkajúce sa uskutočňovania týchto investícií, keď predložil početné výstrižky z medzinárodne vydávaných novín a časopisov, rozličné televízne a kinematografické spoty, ako aj príklady partnerstiev so svetovým dosahom.

47 Žalobca zdôrazňuje, že po tom, čo musel čeliť napadnutému rozhodnutiu, sa mu v každom prípade podarilo rozdeliť — od roku 1998 — propagačné a reklamné investície, aby vyčlenil iba investície venované zapaľovačom. Čo sa týka obdobia pred rokom 1998, žalobcom uskutočnené investície boli podobné, ba vyššie, keďže boli smerodajné počas uvádzania tovaru na trh.

48 Pokiaľ ide o tvrdenie odvolacieho senátu, podľa ktorého väčšina predložených dôkazov neumožnila určiť, či sa celkom vzťahujú na prihlasovanú ochrannú známku, žalobca po prvé tvrdí, že odvolací senát nesprávne a nezdôvodnene usúdil, že tabuľka týkajúca sa objemov predajov je irelevantná. Odvolací senát v tomto ohľade usúdil, že žiadna okolnosť neumožňuje zistiť, či ide o zapaľovače zodpovedajúce tvaru, z ktorého pozostáva prihlasovaná ochranná známka, a informácia žalobcu, podľa ktorej predáva iba dve kategórie zapaľovačov, je nepostačujúca. Žalobca v tomto ohľade spresňuje, že údaje, ktoré poskytol v rámci odvolania podaného proti

rozhodnutiu prieskumového pracovníka, sa týkali iba kategórie kamienkových zapaľovačov.

49 Žalobca po druhé tvrdí, že odvolací senát chybne usúdil, že zostáva preukázať súvislosť medzi tvarom, z ktorého pozostáva prihlasovaná ochranná známka, a vyhláseniami distribútorov, ktoré dosvedčujú predaje týkajúce sa „zapaľovača BIC klasik". Pripomína, že kamienkový zapaľovač bol vytvorený roku 1973, zatiaľ čo elektrický zapaľovač sa objavil roku 1991. Preto sa pomenovanie „BIC klasik" prirodzene a pre pohodlie používalo na rozlíšenie kamienkového zapaľovača — v očiach verejnosti už bežného a známeho — od zapaľovača s elektrickým zapaľovaním.

50 Odvolací senát rovnako chybne usúdil, že svedectvá distribútorov možno iba ťažko pripustiť, keďže participujú na záujmoch žalobcu. Žalobca v tomto ohľade tvrdí, že hoci obchodnú spojitosť medzi ním a jeho distribútormi nemožno poprieť, títo distribútori by nemali žiaden záujem dosvedčiť značný úspech predmetného tvaru, ak by o ňom neboli presvedčení, keďže v opačnom prípade by sa ich záujmy nevyhnutne preniesli na distribúciu iného tovaru.

51 Pokiaľ ide o tvrdenie odvolacieho senátu, podľa ktorého je ťažké identifikovať faktory, ktoré spôsobujú, že verejnosť rozpoznáva pôvod tovaru, podľa žalobcu nemal odvolací senát uviesť, že prihlasované označenie sa javí ako pokryté osobitne rozlišovacími farbami a logom alebo slovným označením, takže je ťažké určiť, ktorý prvok — alebo prvky — spôsobuje, že verejnosť rozpoznáva tovar ako pochádzajúci od žalobcu. Podľa neho sú totiž jeho logo a ochranná známka BIC veľmi slabo viditeľné, pokiaľ sú vyobrazené na zapaľovači a farba je iba druhoradá.

52 V druhom rade, odôvodnenie napadnutého rozhodnutia, podľa ktorého nemožno brať do úvahy dva prieskumy, ktoré žalobca uskutočnil jednak v Španielsku a jednak vo Francúzsku, v Taliansku, Írsku, Grécku, vo Švédsku a v Portugalsku, keďže dátum ich uskutočnenia (júl a november 2002) je neskorší ako deň podania prihlášky, je podľa žalobcu celkom irelevantné.

53 Žalobca pripomína, že oznámené výsledky týchto dvoch prieskumov preukazujú, že tvar, z ktorého prihlasovaná ochranná známka pozostáva, nepopierateľne nadobudol na území Európskej únie rozlišovaciu spôsobilosť používaním. Žalobca tvrdí, že dôkaz o nadobudnutí rozlišovacej spôsobilosti prihlasovanej ochrannej známky mohol prostredníctvom uskutočnených prieskumov zadovážiť preto, lebo tento tvar sa na území Európskej únie intenzívne predáva už 30 rokov. Uvádza, že výsledky prieskumov by nepochybne boli približne rovnaké, ak by sa uskutočnili tesne pred podaním prihlášky.

54 Žalobca uzatvára, že súhrn týchto okolností preukazuje, že tvar, z ktorého prihlasovaná ochranná známka pozostáva, nadobudol rozlišovaciu spôsobilosť používaním predo dňom podania prihlášky.

55 ÚHVT tvrdí, že posúdenie odvolacím senátom, pokiaľ ide o nenadobudnutie rozlišovacej spôsobilosti v dôsledku používania ochrannej známky, je v súlade tak so znením článku 3 ods. 3 Prvej smernice Rady 89/104/EHS z 21. decembra 1988 o aproximácii právnych predpisov členských štátov v oblasti ochranných známok (Ú. v. ES L 40, 1989, s. 1; Mim. vyd. 17/001, s. 92), vo svetle ktorého sa musí vykladať článok 7 ods. 3 nariadenia č. 40/94, ako aj s judikatúrou Súdu prvého stupňa.

56 Čo sa týka územného faktora, podľa ÚHVT zo systematického výkladu článku 7 ods. 2 a 3 nariadenia č. 40/94 vyplýva, že nadobudnutie rozlišovacej spôsobilosti sa musí dokázať v časti Spoločenstva, v ktorej táto rozlišovacia spôsobilosť chýbala.

57 ÚHVT je v tomto ohľade názoru, že územná požiadavka, ktorú kladie článok 7 ods. 3 nariadenia č. 40/94, je splnená vtedy, ak sa nadobudnutie rozlišovacej spôsobilosti preukáže v rôznych „regiónoch" Spoločenstva, alebo inými slovami v rôznych „častiach" spoločného trhu (stred, východ, západ, juh a sever).

58 V prejednávanej veci nebol predložený žiaden údaj týkajúci sa vnímania ochrannej známky v centrálnej časti Spoločenstva (Nemecko a Rakúsko) a v rozlohou a ľudnatosťou významnom členskom štáte v západnej časti (Spojené kráľovstvo).

59 ÚHVT sa preto domnieva, že zamietnutie prihlášky ochrannej známky je zdôvodnené.

Posúdenie Súdom prvého stupňa

60 Podľa článku 7 ods. 3 nariadenia č. 40/94 nebránia absolútne dôvody uvedené v článku 7 ods. 1 písm. b) až d) toho istého nariadenia zápisu ochrannej známky, ak nadobudla pre tovary, o ktorých zápis sa žiada, rozlišovaciu spôsobilosť v dôsledku spôsobu svojho používania.

61 Po prvé, z judikatúry vyplýva, že nadobudnutie rozlišovacej spôsobilosti používaním ochrannej známky si vyžaduje, aby prinajmenšom významná časť príslušnej skupiny verejnosti identifikovala vďaka ochrannej známke predmetné tovary alebo služby ako pochádzajúce od určitého podniku [rozsudok Súdu prvého stupňa z 29. apríla 2004, Eurocermex/ÚHVT (Tvar pivovej fľaše), T-399/02, Zb. s. II-1391, bod 42; pozri tiež analogicky rozsudky Windsurfing Chiemsee, už citovaný v bode 38 vyššie, bod 52, a Philips, už citovaný v bode 24 vyššie, body 61 a 62].

62 Po druhé, na to, aby sa uskutočnil zápis ochrannej známky podľa článku 7 ods. 3 nariadenia č. 40/94, sa musí rozlišovacia spôsobilosť nadobudnutá používaním tejto ochrannej známky preukázať v podstatnej časti Spoločenstva, v ktorej ju nemala s ohľadom na článok 7 ods. 1 písm. b) až d) toho istého nariadenia [rozsudky Súdu prvého stupňa Tvar pivovej fľaše, už citovaný v bode 61 vyššie, bod 43, a z 5. marca 2003, Alcon/ÚHVT — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), T-237/01, Zb. s. II-411, bod 52; pozri v tomto zmysle tiež rozsudok Súdu prvého stupňa z 30. marca 2000, Ford Motor/ÚHVT (OPTIONS), T-91/99, Zb. s. II-1925, body 26 a 27].

63 Po tretie je namieste uviesť, že Súdny dvor v rozsudku Windsurfing Chiemsee, už citovanom v bode 38 vyššie (bod 49), rozhodol, že „príslušný orgán musí na to, aby určil, či ochranná známka nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť v dôsledku spôsobu svojho používania, celkovo posúdiť okolnosti, ktoré môžu preukázať, že ochranná známka sa stala spôsobilou identifikovať predmetný tovar ako pochádzajúci z určitého podniku, a teda rozlišovať tento tovar od tovarov iných podnikov".

64 V tomto ohľade je potrebné vziať do úvahy najmä podiel na trhu ovládaný ochrannou známkou, intenzitu, územný rozsah a dĺžku používania tejto ochrannej známky, výšku investícií, ktoré podnik vynaložil na jej podporu, veľkosť záujmovej skupiny, ktorá vďaka ochrannej známke tovar identifikuje ako pochádzajúci od určitého podniku, vyhlásenia obchodných a priemyselných komôr alebo iných

profesijných združení, ako aj prieskumy mienky (pozri v tomto zmysle rozsudok Tvar pivovej fľaše, už citovaný v bode 61 vyššie, bod 44; pozri tiež analogicky rozsudky Windsurfing Chiemsee, už citovaný v bode 38 vyššie, bod 51, a Philips, už citovaný v bode 24 vyššie, bod 60).

65 Po štvrté, rozlišovacia spôsobilosť ochrannej známky vrátane rozlišovacej spôsobilosti nadobudnutej používaním sa musí posúdiť vo vzťahu k tovarom, pre ktoré sa o zápis ochrannej známky žiada, a so zohľadnením predpokladaného vnímania priemerného spotrebiteľa tovarov predmetnej kategórie, ktorý je riadne informovaný a primerane pozorný a obozretný (pozri analogicky rozsudok Philips, už citovaný v bode 24 vyššie, body 59 a 63).

66 Napokon, k nadobudnutiu rozlišovacej spôsobilosti používaním musí dôjsť pred podaním prihlášky ochrannej známky [rozsudok Súdu prvého stupňa z 12. decembra 2002, eCopy/ÚHVT (ECOPY), T-247/01, Zb. s. II-5301, bod 36; pozri v tomto zmysle tiež rozsudok Súdu prvého stupňa z 13. decembra 2004, El Corte Inglés/ÚHVT — Pucci (EMILIO PUCCI), T-8/03, Zb. s. II-4297, body 71 a 72].

67 Vo svetle týchto úvah treba preskúmať, či sa odvolací senát dopustil v tejto veci nesprávneho právneho posúdenia, keď odmietol argumentáciu žalobcu, podľa ktorej sa mal uskutočniť zápis prihlasovanej ochrannej známky pre predmetné tovary podľa článku 7 ods. 3 nariadenia č. 40/94.

68 Napadnuté rozhodnutie neobsahuje žiadne konštatovanie vo vzťahu k časti Spoločenstva, v ktorej prihlasovaná ochranná známka nemá rozlišovaciu spôsobilosť

so zreteľom na článok 7 ods. 1 písm. b) nariadenia č. 40/94. V prípade inej ako slovnej ochrannej známky, o aký ide v prejednávanej veci, je však namieste predpokladať, že posúdenie jej rozlišovacej spôsobilosti so zreteľom na toto ustanovenie je rovnaké v celom Spoločenstve, prinajmenšom pokiaľ neexistujú konkrétne náznaky v opačnom zmysle.

69 Pokiaľ ide o dôkaz nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti používaním, Súd prvého stupňa usudzuje, že v prejednávanej veci musí byť predložený pre podstatnú časť Spoločenstva.

70 Treba teda preskúmať dôkazy, ktoré v tomto ohľade žalobca predložil.

71 Pokiaľ najprv ide o tabuľky, v ktorých sú uvedené reklamné a propagačné investície uskutočnené pre prihlasovanú ochrannú známku, odvolací senát sa správne domnieval, že predložené dôkazy týkajúce sa týchto investícií sú nedostatočné. Údaje týkajúce sa reklamných a propagačných investícií sú totiž poskytnuté pre všetky tovary spolu, a teda sa nevzťahujú výlučne na kamienkové zapaľovače, ktorých tvar tvorí predmetnú ochrannú známku. Žalobca v tomto ohľade pripúšťa, že nepredložil údaje týkajúce sa špecificky jeho investícií súvisiacich so zapaľovačmi. Preto je nemožné preukázať súvislosť medzi údajmi, ktoré sa nachádzajú v týchto tabuľkách, a prihlasovanou ochrannou známkou.

72 Čo sa týka tabuľky, ktorá obsahuje sumy propagačných a reklamných investícií venovaných zapaľovačom po roku 1998, ako aj listu kurátora múzea moderného umenia v New Yorku z 15. apríla 2004, je namieste uviesť, že žalobca predložil tieto dokumenty v prílohe svojej žaloby. Odvolací senát je povinný zohľadniť dôkaz, ktorý môže byť relevantný pri posúdení nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti pou-

žívaním, iba vtedy, ak ho prihlasovateľ ochrannej známky predložil v priebehu správneho konania na ÚHVT (rozsudok ECOPY, už citovaný v bode 66 vyššie, bod 48). Tieto dokumenty, ktoré neboli predložené v priebehu správneho konania na ÚHVT, nemôžu preto spochybniť zákonnosť napadnutého rozhodnutia.

73 Tabuľky týkajúce sa objemov predajov zapaľovača BIC od roku 1972 do roku 2001 a dosvedčujúce podiel zapaľovača BIC na trhu sú takisto nedostatočné, pretože údaje, ktoré sa v nich nachádzajú, sa vzťahujú na zapaľovače BIC a neobsahujú nič, čo by sa týkalo špecificky ochrannej známky prihlasovanej v prejednávanej veci. Žiaden doplnkový dôkaz neumožňuje zistiť, či ide o zapaľovač zodpovedajúci tvaru, z ktorého pozostáva prihlasovaná ochranná známka.

74 Pokiaľ ide o tabuľku uvádzajúcu objemy predaja zapaľovača BIC (s kolieskom) od roku 1997 do roku 2003, je namieste poznamenať, že údaje, ktoré obsahuje, sa týkajú celého Spoločenstva v zložení, aké v tom čase malo, ako aj Nórska, Poľska a Švajčiarska. Vzhľadom na to, že táto tabuľka udáva všeobecným spôsobom objemy predajov v spomínaných krajinách a nerozlišuje medzi týmito rozličnými vnútroštátnymi trhmi, nemožno ju vziať do úvahy pri posúdení nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti ochrannej známky jej používaním.

75 Čo sa týka zápisov týkajúcich sa tvaru, z ktorého pozostáva prihlasovaná ochranná známka, dosiahnutých v členských štátoch, Súd prvého stupňa konštatuje, že žalobca pred odvolacím senátom tvrdil, že tieto zápisy dosiahol bez preukazovania nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti používaním a to preukazuje, že rozlišovacia spôsobilosť je označeniu vlastná. Z toho vyplýva, že odvolací senát nemohol brať tieto zápisy do úvahy na účely uplatnenia článku 7 ods. 3 nariadenia č. 40/94.

76 Pokiaľ ide o články, ktoré vyšli vo francúzskej tlači, ako aj úryvok z knihy „Le Design", ktorú vydalo francúzske nakladateľstvo SCALA, definujúce zapaľovač BIC ako značkový alebo módny predmet, je namieste uviesť, že sa týkajú iba vnímania zapaľovača BIC francúzskou verejnosťou, takže nemôžu preukázať, že tvar, z ktorého prihlasovaná ochranná známka pozostáva, nadobudol rozlišovaciu spôsobilosť používaním v podstatnej časti Spoločenstva.

77 Čo sa týka reklamných materiálov, ktoré žalobca predložil, neumožňujú žiadne konkrétne konštatovanie vo vzťahu k faktorom uvedeným v bode 64 vyššie. Navyše nemôžu tvoriť dôkaz používania ochrannej známky, ktorá bola prihlasovaná, pretože na všetkých predložených obrázkoch je znázornenie prihlasovaného tvaru sprevádzané slovným alebo obrazovým prvkom. Z toho vyplýva, že tieto reklamné materiály nemôžu predstavovať dôkaz toho, že dotknutá verejnosť vníma prihlasovanú ochrannú známku tak, že vo svojom samotnom tvare a nezávisle od loga BIC označuje obchodný pôvod predmetných tovarov (pozri v tomto zmysle rozsudok Tvar pivovej fľaše, už citovaný v bode 61 vyššie, bod 51).

78 Pokiaľ ide o vyhlásenia distribútorov, ktoré žalobca predložil na pojednávaní, žiada sa pripomenúť, že na posúdenie dôkaznej sily dokumentu je potrebné najprv overiť vierohodnosť a spoľahlivosť informácie, ktorú obsahuje. Potom treba v tejto súvislosti zohľadniť najmä pôvod dokumentu, okolnosti jeho vypracovania, jeho adresáta a položiť si otázku, či sa vzhľadom na svoj obsah javí zmysluplný a dôveryhodný [rozsudok Súdu prvého stupňa zo 7. júna 2005, Lidl Stiftung/ÚHVT — REWE-Zentral (Salvita), T-303/03, Zb. s. II-1917, bod 42].

79 V prejednávanej veci Súd prvého stupňa po prvé konštatuje, že niektoré vyhlásenia pochádzajú od distribútorov ako BIC Belgium SPRL, BIC Netherlands BV, BIC UK Ltd, BIC Violex SA, ktorí sú podľa výročnej správy žalobcu za rok 2002 jeho dcérskymi spoločnosťami, v ktorých má žalobca obchodný podiel prinajmenšom 99 % (okrem BIC Violex, v ktorom má 50,5 %, a BIC Ballograf AB, v ktorom má obchodný podiel 16 %). Toto konštatovanie okrem toho nespochybnil ani žalobca na pojednávaní. Je namieste uviesť, že tieto vyhlásenia preto samy osebe nemôžu predstavovať dostatočný dôkaz o nadobudnutí rozlišovacej spôsobilosti prihlasova-

nej ochrannej známky používaním vzhľadom na význam väzieb existujúcich medzi žalobcom a jeho dcérskymi spoločnosťami. Predstavujú iba náznaky, ktoré si vyžadujú potvrdenie ďalšími dôkaznými prostriedkami. Súd prvého stupňa po druhé poznamenáva, že všetky vyhlásenia vrátane vyhlásení distribútorov iných ako dcérske spoločnosti alebo spoločnosti, v ktorých má žalobca obchodný podiel, sa zdajú byť nadiktované žalobcom, keďže všetky majú zhodný obsah. Ukazuje sa totiž, že všetky vyhlásenia sú vopred vypracovaným textom, ktorý bol doslovne preložený do viacerých jazykových verzií a niekoľkokrát dokonca iba odkopírovaný s prázdnymi miestami, ktoré potom vyplnili distribútori. Súd prvého stupňa po tretie konštatuje, že tieto vyhlásenia okrem toho nijako neodkazujú na údaje týkajúce sa objemov predajov, ktoré sa uskutočnili na predmetnom území, a vo vzťahu k významu predajov dotknutých zapaľovačov pre vyhlasovateľa obsahujú iba číre pochvalné tvrdenia.

80 Navyše treba uviesť, že uvedené vyhlásenia nanajvýš preukazujú iba existenciu distribúcie predmetných tovarov v krajinách, v ktorých títo distribútori vykonávajú činnosť, a preto by mohli preukázať iba územný rozsah distribúcie tovarov označených prihlasovanou ochrannou známkou, čo je iba jeden z faktorov, ktoré možno zohľadniť pri posudzovaní nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti prihlasovanej ochrannej známky, ktorá pozostáva zo samotného tvaru zapaľovača, používaním.

81 Vzhľadom na to, čo bolo uvedené, je nutné konštatovať, že vyhlásenia distribútorov, ktoré predložil žalobca, nemajú dostatočnú dôkaznú silu.

82 Pokiaľ napokon ide o dva prieskumy, ktoré žalobca uskutočnil po podaní prihlášky ochrannej známky, ale počas správneho konania, a to v júli a novembri 2002, je namieste uviesť, že podľa judikatúry Súdneho dvora možno dôkazy o používaní ochrannej známky, ktoré boli predložené po dátume podania prihlášky, zohľadniť iba vtedy, ak umožňujú dospieť k záveru o používaní ochrannej známky k tomuto

dátumu (pozri v tomto zmysle uznesenia Súdneho dvora z 27. januára 2004, La Mer Technology, C-259/02, Zb. s. I-1159, bod 31, a z 5. októbra 2004, Alcon/ÚHVT, C-192/03 P, Zb. s. I-8993, bod 41).

83 Súd prvého stupňa v prejednávanej veci usudzuje, že dotknuté prieskumy neumožňujú stanoviť, že príslušná skupina verejnosti identifikovala na základe tvaru, z ktorého ochranná známka pozostáva, predmetný tovar ako pochádzajúci od spoločnosti BIC, a nie od inej spoločnosti.

84 Čo sa týka prieskumu uskutočneného v novembri 2002 medzi fajčiarmi vo Francúzsku, v Taliansku, Írsku, Grécku, vo Švédsku a v Portugalsku, Súd prvého stupňa konštatuje, že opýtaným osobám bol ukázaný výlučne náčrt alebo fotografia zapaľovačov BIC bez slovných alebo obrazových prvkov a bola im položená otázka, akú ochrannú známku im najviac pripomína obrázok tohto zapaľovača. Preto nemožno usudzovať, že tento prieskum preukazuje, že významná časť francúzskych, talianskych, írskych, gréckych, švédskych a portugalských spotrebiteľov identifikuje prostredníctvom prihlasovanej ochrannej známky dotknutý tovar ako pochádzajúci od spoločnosti BIC, a nie od inej spoločnosti. Inak by tomu bolo, ak by sa pri prieskume namiesto jediného tvaru, z ktorého pozostáva prihlasovaná ochranná známka, ukázali rozličné tvary zapaľovačov. Tak by sa mohla zohľadniť miera osôb, ktoré spontánne, bez akéhokoľvek ovplyvňovania, pripísali obrázok predmetného tvaru spoločnosti BIC.

85 Okrem toho je namieste uviesť, že v prípade, ak opytované osoby nevedeli na uvedenú otázku odpovedať, predložil sa im zoznam slovných ochranných známok (BIC, CLIPPER, TOKAÏ, CRICKET a iné), aby si mohli vybrať odpoveď.

86 Ak je pritom pravdou, ako tvrdí žalobca, že spoločnosť BIC je pôvodcom vytvorenia trhu s kamienkovými zapaľovačmi na jedno použitie roku 1973 a je „vodca na trhu so zapaľovačmi", bolo úplne logické a predvídateľné, že prvá ochranná známka, ktorá

prišla opytovaným osobám na myseľ, bola nezávisle od ukázaného tvaru ochranná známka BIC. Bolo to tak tým skôr, pokiaľ položená otázka obsahovala zoznam slovných ochranných známok, ku ktorým bolo možné priradiť ukázaný tvar. V tomto ohľade je namieste poznamenať, že samotný žalobca na pojednávaní pripustil, že odpoveď na položenú otázku mohla byť v tomto prípade naozaj ovplyvnená.

87 Rovnaké úvahy sa ponúkajú pre prieskum uskutočnený v Španielsku v júli 2002, opäť medzi spotrebiteľmi fajčiarmi. V tomto prieskume sa opytovaným osobám ukázal obrázok tvaru zapaľovača MiniBIC J5, čo nie je nič iné, ako zjednodušená verzia tvaru, z ktorého pozostáva prihlasovaná ochranná známka, spolu so zoznamom rozličných slovných ochranných známok (BIC, CLIPPER, BRIO alebo TOKAÏ), aby sa zistilo, ku ktorej ochrannej známke priradia ukázaný obrázok. Preto nemožno usudzovať, že tento prieskum preukazuje, že významná časť španielskych spotrebiteľov identifikuje dotknutý tovar ako pochádzajúci od spoločnosti BIC a rozlišuje tento tovar od tovarov iných podnikov.

88 Súd prvého stupňa navyše konštatuje, že obrázok zapaľovača ukázaný pri uvedenom prieskume opytovaným španielskym fajčiarom predvádza zapaľovač spredu a nie zboku, takže opytované osoby nemohli rozpoznať oválny tvar nádržky, ktorý je pritom podľa žalobcu jednou z troch vlastností, ktoré odlišujú zapaľovač BIC od iných zapaľovačov na trhu.

89 Zo súhrnu uvedených úvah vyplýva, že odvolací senát správne usúdil, že žalobca nepreukázal, že v prejednávanej veci prihlasovaná ochranná známka nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť v dôsledku spôsobu svojho používania v podstatnej časti Spoločenstva.

90 Preto treba takisto druhý žalobný dôvod, ako aj žalobu v celom rozsahu zamietnuť.

O trovách

91 Podľa článku 87 ods. 2 Rokovacieho poriadku Súdu prvého stupňa účastník konania, ktorý vo veci nemal úspech, je povinný nahradiť trovy konania, ak to bolo v tomto zmysle navrhnuté. Keďže žalobca nemal vo veci úspech, je opodstatnené zaviazať ho na náhradu trov konania v súlade s návrhom ÚHVT.

Z týchto dôvodov

SÚD PRVÉHO STUPŇA (tretia komora)

rozhodol a vyhlásil:

1. Žaloba sa zamieta.

2. Žalobca je povinný nahradiť trovy konania.

Jaeger Azizi Cremona

Rozsudok bol vyhlásený na verejnom pojednávaní v Luxemburgu 15. decembra 2005.

Tajomník

E. Coulon

Predseda komory

M. Jaeger