Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Oitava Secção)

11 de dezembro de 2014*

«Marca comunitária — Processo de oposição — Pedido de marca comunitária tridimensional — Forma de uma canícula colocada dentro de uma garrafa — Marca nacional tridimensional anterior — Utilização séria da marca anterior — Artigo 75.º e artigo 76.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento (CE) n.º 207/2009 — Apresentação de provas pela primeira vez na Câmara de Recurso — Poder de apreciação conferido pelo artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009 — Dever de fundamentação»

No processo T-235/12,

CEDC International sp. z o.o., com sede em Oborniki Wielkopolskie (Polónia), representada por M. Siciarek, G. Rząsa e J. Mrozowski, advogados,

recorrente,

contra

Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI), representado por D. Walicka, na qualidade de agente,

recorrido,

sendo a outra parte no processo na Câmara de Recurso do IHMI, interveniente no Tribunal Geral

Underberg AG, com sede em Dietlikon (Suíça), representada por V. von Bomhard, A. Renck e J. Fuhrmann, advogados,

que tem por objeto um recurso da decisão da Quarta Câmara de Recurso do IHMI de 26 de março de 2012 (processo R 2506/2010-4), relativa a um processo de oposição entre a Przedsiębiorstwo Polmos Białystok (Spółka Akcyjna) e a Underberg AG,

O TRIBUNAL GERAL (Oitava Secção),

composto por: D. Gratsias, presidente, M. Kancheva (relatora) e C. Wetter, juízes,

secretário: C. Heeren, administradora,

vista a petição entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 29 de maio de 2012,

vista a resposta do IHMI apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 31 de outubro de 2012,

vista a resposta da interveniente apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 31 de outubro de 2012,

* Língua do processo: alemão.

vista a réplica apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 29 de janeiro de 2013,

vista a tréplica do IHMI apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 6 de maio de 2013,

vista a tréplica da interveniente apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 6 de maio de 2013,

vistas as questões escritas formuladas pelo Tribunal Geral às partes,

vistas as observações apresentadas pelas partes na Secretaria do Tribunal Geral em 30 de abril e em 5 de maio de 2014,

após a audiência de 5 de junho de 2014,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

1 Em 1 de abril de 1996, a interveniente, a Underberg AG, apresentou um pedido de registo de marca comunitária ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI), ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1), conforme alterado [substituído pelo Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, sobre a marca comunitária (JO L 78, p. 1)].

2 A marca cujo registo foi pedido é o sinal tridimensional a seguir reproduzido:



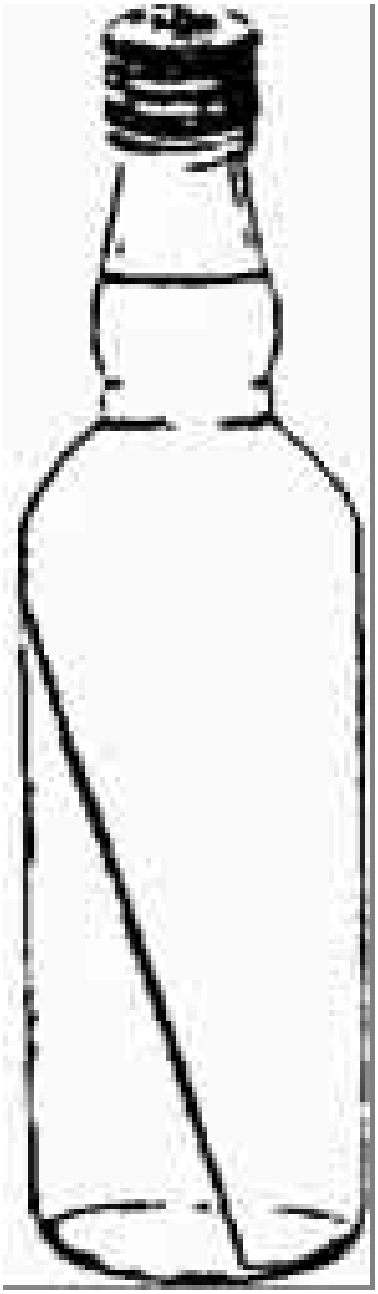
3 A marca tridimensional comunitária pedida corresponde à seguinte descrição:«[Canícula] de cor verde-acastanhada, colocada dentro de uma garrafa[:o comprimento da canícula] corresponde a cerca de [três quartos] da altura da garrafa».

4 Os produtos para os quais o registo foi pedido pertencem, nomeadamente, à classe 33 na aceção do Acordo de Nice relativo à Classificação Internacional dos Produtos e dos Serviços para o registo de marcas, de 15 de junho de 1957, conforme revisto e alterado, e correspondem à descrição seguinte: «Bebidas espirituosas e licores».

5 O pedido de marca comunitária foi publicado no *Boletim de Marcas Comunitárias* n.º 51/2003, de 23 de junho de 2003.

6 Em 15 de setembro de 2003, a Przedsiębiorstwo Polmos Białystok (Spółka Akcyjna), à qual a recorrente, a CEDC International sp. z o.o., sucedeu na sequência de uma fusão por incorporação ocorrida em 2011, deduziu oposição ao abrigo do artigo 42.º do Regulamento n.º 40/94 (atual artigo 41.º do Regulamento n.º 207/2009), ao registo da marca pedida para os produtos acima referidos no n.º 4.

7 A oposição baseou-se, nomeadamente, na marca tridimensional francesa anterior n.º 95588457, apresentada em 18 de setembro de 1995, registada em 18 de abril de 1997 sob o número 95588457 e renovada em 9 de junho de 2005, para «Bebidas alcoólicas» pertencentes à classe 33 do Acordo de Nice, a seguir reproduzida:



8 Esta marca tridimensional francesa correspondente à seguinte descrição:«[u]ma garrafa, conforme acima representada no interior da qual uma canícula está colocada em posição quase diagonal dentro do corpo da garrafa».

9 A oposição baseou-se igualmente na marca alemã n.º 39848553, nas marcas polacas n.ºs 62018, 62081 e 85811, na marca japonesa n.º 2092826, na marca francesa n.º 98746752, bem como em sinais não registados reivindicados em diversos Estados-Membros da União Europeia.

10 Os fundamentos invocados em apoio da oposição eram os visados, em primeiro lugar, no artigo 8.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regulamento n.º 40/94 [atual artigo 8.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regulamento n.º 207/2009] a título da marca tridimensional francesa anterior acima reproduzida no n.º 7, em segundo lugar, no artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 40/94 [atual artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 207/2009] ao abrigo da mesma marca, bem como das marcas registadas acima indicadas no n.º 9, e, em terceiro lugar, no artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 40/94 [atual artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 207/2009] a título dos sinais não registados acima mencionados no n.º 9.

11 Em 11 de julho de 2007, a recorrente apresentou elementos de prova da utilização da sua marca tridimensional francesa anterior no prazo concedido pela Divisão de Oposição que terminou em 1 de agosto de 2007, em resposta a um pedido nesse sentido apresentado pela interveniente. Em 3 de julho de 2008, a recorrente desenvolveu a sua argumentação quanto à prova da referida utilização.

12 Em 18 de outubro de 2010, a Divisão de Oposição rejeitou a oposição na íntegra. Considerou, nomeadamente, que os elementos de prova apresentados eram insuficientes para demonstrar a utilização séria da marca tridimensional francesa anterior e que a presença, na garrafa comercializada, do rótulo que contêm o termo «żubrówka» e a representação de um bisonte alterava o caráter distintivo da referida marca relativamente à forma como foi registada.

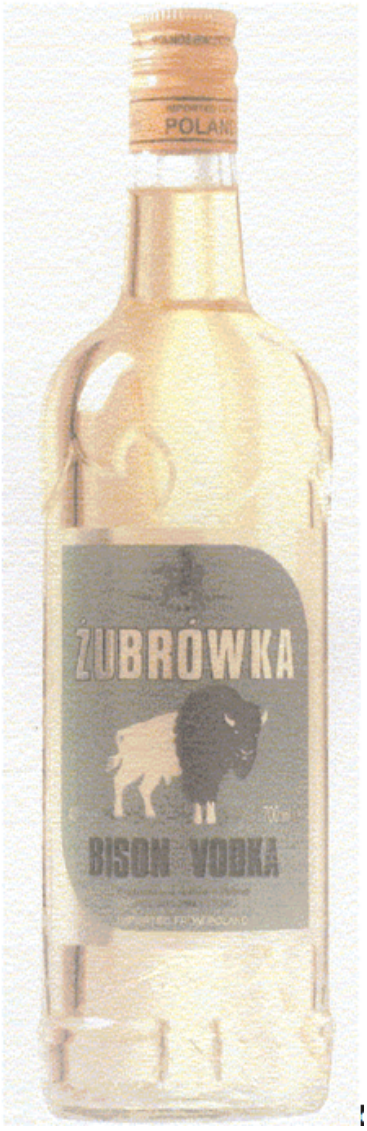
13 Em 17 de dezembro de 2010, a recorrente interpôs no IHMI, ao abrigo dos artigos 58.° a 64.° do Regulamento n.º 207/2009, um recurso da decisão da Divisão de Oposição. Em 18 de fevereiro de 2011, apresentou o articulado que expôs os fundamentos do recurso, ao qual foram apensos elementos de prova da utilização não apresentados à Divisão de Oposição.

14 Por decisão de 26 de março de 2012 (a seguir «decisão impugnada»), a Quarta Câmara de Recurso do IHMI negou provimento ao recurso na íntegra.

15 No que toca, em primeiro lugar, ao fundamento de oposição visado no artigo 8.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regulamento n.º 207/2009, a Câmara de Recurso começou por referir o seguinte, relativamente aos elementos de prova da utilização apresentados pela recorrente perante aquela:

> «13 Os elementos de prova da utilização apresentados [pela recorrente] incluem, nomeadamente, duas declarações prestadas sob juramento, uma das quais provém do diretor financeiro e presidente da [recorrente] e a outra do PDG da Pernod SA, que é o distribuidor exclusivo da vodca 'Żubrówka' da [recorrente] no território francês. Essas declarações prestadas sob juramento enunciam que, durante o período compreendido entre 2000 e 2004, 'toda a vodca ZUBROWKA vendida em França foi acondicionada numa garrafa que continha uma canícula de erva de bisonte idêntica à representada no registo francês n.º 95 588 457'. Foi anexada às duas declarações prestadas sob

juramento a seguinte representação da vodca de marca ZUBROWKA, conforme declarado que foi vendida em França durante o período pertinente [entre 23 de junho de 1998 e 22 de junho de 2003]:



14 Os elementos de prova incluem, além disso, um certo número de panfletos destinados aos distribuidores franceses relativamente aos anos de 1999 a 2002, que expõem as seguintes apresentações da vodca 'Żubrówka':

15 Do mesmo modo, os elementos de prova incluem um certo número de panfletos dos anos de 2003 a 2006, distribuídos por supermercados franceses, que expõem as seguintes apresentações da vodca 'Żubrówka':

16 Não foi apresentada nenhuma outra prova para além das representadas nos três números anteriores.»

16 Em seguida, a Câmara de Recurso considerou que a marca francesa cuja utilização tinha sido demonstrada consistia numa «garrafa de forma comum, que inclui no corpo uma linha que se estend[ia] em diagonal a partir do lado esquerdo da garrafa, que começa imediatamente abaixo do gargalo, até ao lado oposto da base», conforme acima reproduzida no n.º 7; que a prova da utilização

mostrava garrafas sob duas formas diferentes, mas sempre com o mesmo rótulo «ZUBROWKA BISON VODKA» notório e não transparente, que cobria uma parte importante das garrafas, e que a linha diagonal não estava aposta na superfície exterior e não figurava no próprio rótulo. Considerou, além disso, que, devido à presença do rótulo, não era possível ver o que se encontrava atrás do rótulo ou nas garrafas.

17 Por fim, a Câmara de Recurso concluiu que, naquelas circunstâncias, a recorrente não tinha feito prova da natureza da utilização da sua marca tridimensional francesa anterior, a saber, a utilização dessa marca conforme foi registada ou sob uma forma que é diferente através de elementos que não alteram o caráter distintivo da marca na forma sob a qual foi registada. Daí deduziu que, como esta marca era a única marca anterior em que se baseava a oposição nos termos do artigo 8.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regulamento n.º 207/2009, essa oposição devia ser rejeitada.

18 No que se refere, em segundo lugar, ao fundamento de oposição visado no artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 207/2009, a Câmara de Recurso considerou que a recorrente não tinha provado a utilização real dos sinais não registados reivindicados em diversos Estados-Membros da União (v. n.º 9 *supra*), nomeadamente na Alemanha, e, consequentemente, rejeitou a oposição baseada neste fundamento.

19 No que respeita, em terceiro lugar, ao fundamento de oposição visado no artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 207/2009, a Câmara de Recurso considerou que a recorrente não tinha feito prova da utilização real das marcas invocadas (v. n.º 9 *supra*) nem, nos documentos contratuais apresentados, de nenhuma relação de agente ou de atividade comercial com a interveniente e, consequentemente, rejeitou a oposição baseada neste fundamento. Com uma preocupação de exaustividade, acrescentou, para certas marcas invocadas, que a titularidade da recorrente não estava provada, que a respetiva data de apresentação era posterior à da marca contestada ou ainda que a sua existência não estava suficientemente fundamentada em conformidade com a regra 19 do Regulamento (CE) n.º 2868/95 da Comissão, de 13 de dezembro de 1995, relativo à execução do Regulamento n.º 40/94 (JO L 303, p. 1), nomeadamente devido à não existência de tradução em língua inglesa, língua do processo que perante ela decorreu.

Pedidos das partes

20 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:

— anular, na íntegra, a decisão impugnada;

— condenar o IHMI nas despesas.

21 O IHMI e a interveniente concluem pedindo que o Tribunal Geral se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

Quanto à admissibilidade dos anexos apresentados pela primeira vez no Tribunal Geral

22 A recorrente apresentou, pela primeira vez no Tribunal Geral, anexos que comportam uma decisão judicial do Tribunal Administrativo de Varsóvia de 24 de agosto de 2011 (anexo C.2) e uma decisão do Instituto de Patentes polaco de 19 de outubro de 2012 (anexo C.3), acompanhados de um excerto

da Lei polaca sobre o Direito de Propriedade Industrial de 2000 (anexo C.4), que, segundo alega, confirmam que a marca tridimensional polaca n.º 85811, que representa a famosa garrafa com uma canícula, deve precisamente a sua notoriedade à presença da canícula característica na garrafa. Alega que esses anexos «expõem a jurisprudência nacional» e, a este respeito, baseia-se na jurisprudência do Tribunal Geral segundo a qual decisões judiciais nacionais, embora não invocadas no âmbito do procedimento no IHMI, foram declaradas admissíveis, pelo que nem as partes nem o próprio Tribunal podem ser impedidos de se inspirarem, na interpretação do direito da União, em elementos retirados da jurisprudência da União, nacional ou internacional [v. acórdão de 1 de fevereiro de 2012, Carrols/IHMI — Gambettola (Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL), T-291/09, Colet., EU:T:2012:39, n.ºs 34 e 35 e jurisprudência referida].

23 O IHMI e a interveniente contestam a admissibilidade destes anexos, alegando que devem ser afastados por constituírem uma invocação de factos novos. A interveniente contesta igualmente a pertinência da alegada notoriedade na Polónia em 2011, de uma garrafa de vodca com uma canícula, para efeitos de determinar a notoriedade da marca francesa anterior em França entre 1998 e 2003.

24 Há, desde já, que observar que estes anexos não são apresentados pela primeira vez no Tribunal Geral enquanto decisões judiciais nacionais suscetíveis de inspirar o Tribunal Geral na interpretação do direito da União, nomeadamente do Regulamento n.º 207/2009, como na jurisprudência acima referida no n.º 22, mas sim como elementos de prova da alegada notoriedade de uma marca tridimensional polaca, graças à presença nesta de uma canícula.

25 Ora, é jurisprudência constante que um recurso interposto no Tribunal Geral visa fiscalizar a legalidade das decisões das Câmaras de Recurso do IHMI na aceção do artigo 65.º do Regulamento n.º 207/2009. Decorre desta disposição que factos não invocados pelas partes nas instâncias do IHMI também não o podem ser na fase do recurso interposto no Tribunal Geral e que o Tribunal Geral não pode reexaminar as circunstâncias de facto à luz das provas que sejam apresentadas perante si pela primeira vez. Com efeito, a legalidade de uma decisão de uma Câmara de Recurso do IHMI deve ser apreciada em função dos elementos de informação de que esta dispunha no momento em que a tomou [v. acórdãos de 18 de julho de 2006, Rossi/IHMI, C-214/05 P, Colet., EU:C:2006:494, n.ºs 50 a 52 e jurisprudência referida; de 18 de dezembro de 2008, Les Éditions Albert René/IHMI, C-16/06 P, Colet., EU:C:2008:739, n.ºs 136 a 138 e jurisprudência referida, e de 16 de janeiro de 2014, Optilingua/IHMI — Esposito (ALPHATRAD), T-538/12, EU:T:2014:9, n.º 19 e jurisprudência referida].

26 Por conseguinte, os anexos C.2 a C.4 da recorrente devem ser rejeitados por serem inadmissíveis, sem que o Tribunal tenha de analisar a respetiva força probatória.

27 Em todo o caso, esses elementos de prova devem igualmente ser rejeitados por serem inoperantes, uma vez que não se referem à utilização durante o período pertinente da marca francesa anterior em causa no presente processo, mas à afirmação mais recente da notoriedade de uma marca polaca que daquela é territorialmente independente e cuja existência, de resto, não foi minimamente sustentada perante o IHMI antes da data-limite pertinente, como a Câmara de Recurso constatou no n.º 34 da decisão impugnada, sem ser contraditada sobre este ponto pela recorrente no âmbito do presente recurso.

Quanto ao mérito

28 Em apoio do seu recurso, a recorrente invoca três fundamentos, relativos, respetivamente, o primeiro, à violação do princípio da legalidade e do *Manual prático das marcas* do IHMI, o segundo, à violação do artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento n.º 207/2009 e da regra 22, n.º 3, do Regulamento n.º 2868/95 e do artigo 8.º, n.º 1, alínea a), e do artigo 42.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 207/2009 e, o terceiro, à violação do artigo 75.º e do artigo 76.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 207/2009.

29 A título preliminar, há que salientar que a recorrente contesta as constatações e as apreciações do IHMI respeitantes a todos os fundamentos da oposição, a saber, os enunciados no artigo 8.º, n.º 1, alínea a), no artigo 8.º, n.º 3, e no artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 207/2009. No entanto, a recorrente indica que limita a sua argumentação apenas às conclusões da Câmara de Recurso sobre a avaliação das provas de utilização apresentadas, pois essas conclusões dizem respeito, da mesma forma, a todos os fundamentos da oposição.

30 O Tribunal Geral considera oportuno começar por examinar o terceiro fundamento, relativo à violação do artigo 75.º e do artigo 76.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 207/2009 e que incide sobre os elementos de prova a ter em conta na apreciação da utilização séria da marca francesa anterior.

31 Com este terceiro fundamento, a recorrente alega que o IHMI não examinou certos factos e não forneceu qualquer fundamentação a esse respeito, tendo assim violado o artigo 75.º e o artigo 76.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 207/2009. Em particular, o IHMI não examinou representações apresentadas pela recorrente, que mostram o produto controvertido sob quatro ângulos diferentes, não apenas de frente, mas também visto de trás e de lado, e que provam, em seu entender, que a marca tridimensional em forma de canícula numa garrafa era claramente visível e foi efetivamente utilizada. O IHMI também descurou outros elementos de prova, como artigos de imprensa e mensagens publicadas em fóruns Internet, que atestam, aos olhos da recorrente, que a canícula na garrafa era considerada pelos consumidores franceses como uma característica original e distintiva e que dizem, assim, respeito à natureza da utilização da marca.

32 A este respeito, a recorrente alega que na medida em que a Câmara de Recurso nunca criticou a admissibilidade dos elementos de prova anexados ao articulado de 18 de fevereiro de 2011 que expôs os fundamentos do recurso (v. n.º 13 *supra*) e não mencionou o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009, é legítimo pressupor que aquela considerou que os referidos elementos de prova eram admissíveis. Mesmo admitindo que a Câmara de Recurso pudesse ter a intenção de considerar esses elementos de prova inadmissíveis, a fundamentação da decisão impugnada estaria, de qualquer forma, afetada por um vício, na medida em que, nessa hipótese, a Câmara de Recurso deveria ter fundamentado esta apreciação de forma adequada. A recorrente refere a este respeito a jurisprudência do Tribunal de Justiça assente no referido artigo. Daí concluiu que, na medida em que a Câmara de Recurso não recusou os elementos de prova acima referidos nem negou a sua força probatória, era obrigada a tomá-los em conta e a examiná-los. Não o fazer constitui uma violação do artigo 75.º e do artigo 76.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 207/2009.

33 Por outro lado, a recorrente acusa o IHMI de ter violado o artigo 75.º e o artigo 76.º, n.º 1, do Regulamento n.º 207/2009 por não ter fundamentado a sua decisão, em particular quanto à falta de visibilidade da canícula na garrafa, e por ter examinado os elementos de prova de forma isolada, designadamente sem ter em conta elementos de prova apresentados nos quais a garrafa é vista de lado ou de trás.

34 O IHMI retorque que a recorrente não beneficia de um direito a que sejam tomados em conta os documentos apresentados com o articulado que expõe os fundamentos do recurso na Câmara de Recurso, e, assim, depois de expirado o prazo concedido pela Divisão de Oposição. Mesmo o poder de apreciação quanto à tomada em consideração de factos e de provas apresentados tardiamente, reconhecido ao IHMI pelo artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, está subordinado à falta de disposição contrária. Ora, o artigo 42.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 207/2009, tal como foi aplicado pela regra 22, n.º 2, do Regulamento n.º 2868/95, contém precisamente uma disposição que se opõe à tomada em consideração das provas de utilização apresentadas pela primeira vez na Câmara de Recurso.

35 O IHMI contesta igualmente a aplicação ao presente caso da exceção jurisprudencial que permite a tomada em consideração de provas complementares ou de factos novos. Os novos documentos não podem ser complementares daqueles que foram apresentados dentro dos prazos, pois estes

representam uma garrafa diferente da que é visível nos documentos anteriores, bem como um objeto de forma alongada — que pode ser uma canícula — constantemente mostrado no interior de uma garrafa, pelo que constitui a primeira e única prova da utilização do referido objeto numa posição dentro de uma garrafa. Além disso, a recorrente não explicou de que modo essas provas eram complementares das que já tinham sido apresentadas, nem por que razão não as apresentou dentro do prazo concedido.

36 O IHMI alega ainda que não se pode inferir que, por não os ter julgado inadmissíveis, a Câmara de Recurso admitiu os documentos apresentados tardiamente. Do facto de a Câmara de Recurso não ter incluído estes documentos entre aqueles que tomou em conta para apreciar a natureza da utilização, entende-se, pelo contrário, que decidiu não os tomar em consideração.

37 O IHMI considera, por último, que a falta de fundamentação, ainda que se admita verificada, não deve, enquanto tal, conduzir à anulação da decisão impugnada quando aquela seja irrelevante no que respeita ao mérito da decisão impugnada.

38 Por outro lado, o IHMI sustenta que a constatação da não visibilidade da canícula se baseia nas representações da garrafa (v. n.º 15 *supra*) e é motivada pela presença do rótulo, que cobre uma parte importante da garrafa e esconde aquilo que se encontra por detrás dele ou na garrafa (v. n.º 16 *supra*). Considera que os elementos de prova da utilização apresentados foram tomados em conta na sua globalidade e que a recorrente contesta, na realidade, o resultado da apreciação dos referidos elementos.

39 A interveniente alega que a apresentação das perspetivas laterais da garrafa é manifestamente extemporânea. Antes de mais, estas perspetivas não foram apresentadas no prazo concedido pela Divisão de Oposição (ou seja, até 1 de agosto de 2007), mas três anos e meio mais tarde (ou seja, em 18 de fevereiro de 2011) pela primeira vez na Câmara de Recurso. Em seguida, não têm nenhuma relação material com as provas de utilização já apresentadas, mostrando uma garrafa com um gargalo arredondado em vez de retilíneo. Além disso, a recorrente não fez prova dessa relação e, em especial, não alegou que esta era uma prova da utilização nem que era um complemento das provas já apresentadas. A recorrente também não apresentou argumentos com base nessas perspetivas laterais no decurso do processo de oposição. Por último, a reprodução das representações da garrafa nos n.ºs 13 a 16 da decisão impugnada indica claramente aquelas que a Câmara de Recurso tomou em consideração no exercício do seu poder de apreciação, todas vistas de frente, e aquelas que afastou por a sua apresentação ter sido extemporânea. A este respeito, a fundamentação da Câmara de Recurso pode ser implícita, como admitido pela jurisprudência.

40 Por outro lado, a interveniente considera que o IHMI não fundamentou suficientemente a sua decisão nos documentos apresentados e não podia basear a sua apreciação em probabilidades ou em presunções, especulando ou pressupondo que, no momento da compra, o consumidor, não obstante a presença de uma etiqueta, podia, de lado, ver a canícula.

41 A título preliminar, há que observar que, com o seu terceiro fundamento baseado na violação do artigo 75.º e do artigo 76.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 207/2009, a recorrente sustenta, em substância, que a Câmara de Recurso cometeu um erro ao não examinar elementos de prova apresentados pela primeira vez perante si, nomeadamente representações que mostram a garrafa de vodca com a menção «Żubrówka» em quatro ângulos diferentes, não apenas de frente, mas também de trás e de lado, bem como ao não apresentar nenhuma fundamentação a este respeito.

42 A este respeito, importa recordar que, por força do artigo 75.º, primeiro período, do Regulamento n.º 207/2009, as decisões do IHMI devem ser fundamentadas. Por outro lado, a regra 50, n.º 2, alínea h), do Regulamento n.º 2868/95 dispõe que a decisão da Câmara de Recurso deve conter os fundamentos da decisão. Esta obrigação tem o mesmo alcance que a consagrada no artigo 296.º TFUE. Ora, é jurisprudência constante que a fundamentação exigida pelo

artigo 296.º TFUE deve revelar de forma clara e inequívoca o raciocínio do autor do ato. Esta obrigação tem por duplo objetivo permitir, por um lado, aos interessados conhecer as justificações da medida adotada a fim de defenderem os seus direitos e, por outro, ao juiz da União exercer a sua fiscalização da legalidade da decisão. A questão de saber se a fundamentação de uma decisão preenche estes requisitos deve ser apreciada à luz não somente da sua redação, mas também do seu contexto, bem como de todas as regras jurídicas que regem a matéria em causa [v. acórdão de 8 de março de 2013, Mayer Naman/IHMI — Daniel e Mayer (David Mayer), T-498/10, EU:T:2013:117, n.º 56 e jurisprudência referida].

43 Por seu turno, o artigo 76.º do Regulamento n.º 207/2009, intitulado «Exame oficioso dos factos», tem a seguinte redação:

«1. No decurso do processo, o [IHMI] procederá ao exame oficioso dos factos; contudo, num processo respeitante a motivos relativos de recusa do registo, o exame limitar-se-á às alegações de facto e aos pedidos apresentados pelas partes.

2. O [IHMI] pode não tomar em consideração os factos que as partes não tenham alegado ou as provas que não tenham sido produzidas em tempo útil.»

44 Segundo jurisprudência constante, decorre da redação do artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009 que, regra geral e salvo disposição em contrário, a apresentação de factos e de provas pelas partes continua a ser possível após a expiração dos prazos a que essa apresentação se encontra sujeita nos termos das disposições do Regulamento n.º 207/2009 e que o IHMI não está de modo nenhum proibido de ter em conta factos e provas assim invocados ou apresentados tardiamente (acórdãos de 13 de março de 2007, IHMI/Kaul, C-29/05 P, Colet., EU:C:2007:162, n.º 42; de 18 de julho de 2013, New Yorker SHK Jeans/IHMI, C-621/11 P, Colet., EU:C:2013:484, n.º 22, e de 26 de setembro de 2013, Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, C-610/11 P, Colet., EU:C:2013:593, n.º 77), isto é, fora do prazo concedido pela Divisão de Oposição e, se for caso disso, pela primeira vez na Câmara de Recurso.

45 Ao precisar que o IHMI «pode» decidir não tomar em consideração factos e provas invocados ou apresentados tardiamente, o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009 atribui ao IHMI um amplo poder de apreciação para efeitos de decidir, embora fundamentando a sua decisão sobre esse ponto, se há ou não que ter em conta estes últimos (acórdãos IHMI/Kaul, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2007:162, n.ºs 43 e 68, New Yorker SHK Jeans/IHMI, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:484, n.º 23, e Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.º 78).

46 Razões de segurança jurídica e de boa administração militam a favor do poder de apreciação do IHMI para efeitos de tomar em consideração factos e provas apresentados tardiamente pelas partes. Com efeito, esse poder é, pelo menos no que diz respeito a um processo de oposição, suscetível de contribuir para evitar que sejam registadas marcas cuja utilização possa, mais tarde, ser contestada com sucesso através de um processo de anulação ou no âmbito de um processo de contrafação (v., neste sentido, acórdão IHMI/Kaul, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2007:162, n.º 48 e jurisprudência referida).

47 No presente caso, há que determinar se a Câmara de Recurso exerceu ou não o seu poder de apreciação quanto aos elementos de prova que a recorrente apresentou pela primeira vez perante si.

48 É facto assente que os elementos de prova da utilização reproduzidos nos n.ºs 13 a 16 da decisão impugnada (v. n.º 15 *supra*) foram apresentados pela recorrente à Divisão de Oposição no prazo concedido por esta.

49 Resulta igualmente dos autos que, contrariamente ao que a interveniente afirma, a recorrente apresentou, nas pp. 7 a 23 do seu articulado que expôs os fundamentos do recurso e que foi apresentado à Câmara de Recurso em 18 de fevereiro de 2011, cinco documentos anexos a este. É facto assente que esses anexos não foram apresentados no prazo concedido pela Divisão de Oposição.

50 Os cinco anexos apresentados pela primeira vez na Câmara de Recurso são os seguintes:

— artigos da imprensa francesa e excertos de fóruns de sítios Internet franceses, do período compreendido entre 1998 e 2003 e que contêm representações da garrafa de vodca com a menção «Żubrówka», bem como declarações segundo as quais, em substância, a vodca Żubrówka com a «famosa erva de bisonte» «se reconhece facilmente devido à canícula aromática existente na garrafa»;

— um excerto do *Wallpaper City Guide* da cidade de Varsóvia (Polónia);

— uma declaração de 16 de fevereiro de 2011, redigida em polaco e traduzida para inglês, proveniente do Sr. K., especialista tecnológico responsável pela rotulagem na recorrente desde 1992 (a seguir «declaração do Sr. K.»);

— um poster intitulado «Żubrówka herbe de bison vodka»;

— um excerto do sítio Internet «Wikipédia».

51 Em especial, a declaração do Sr. K. continha as seguintes informações. Em primeiro lugar, o Sr. K. declarava que, desde a década de 1970 e até 2011, a recorrente, anteriormente denominada Przedsiębiorstwo POLMOS Białystok SA, produziu a vodca Żubrówka tanto para o mercado polaco como para exportação. Segundo o Sr. K., embora esta vodca tenha tido várias etiquetas ao longo dos anos, foi sempre e é ainda designada por uma canícula colocada no interior das garrafas, protegida na Polónia e em vários outros países por uma marca que consiste numa «garrafa com uma canícula». Em segundo lugar, o Sr. K. acrescentava que a vodca Żubrówka com uma etiqueta verde produzida pela recorrente em garrafas de 0,5, 0,7 e 1 litro foi, entre 1998 a 2003, exportada para França através da agência PHZ AGROS, e em seguida, diretamente pela recorrente. Precisou que, antes do ano 2000, a vodca Żubrówka com uma etiqueta verde destinada à exportação para França foi produzida pela POLMOS Poznań, mas que a aparência das garrafas, das etiquetas e da canícula colocada no interior das garrafas era à época exatamente a mesma que aquela que foi adotada pela recorrente a partir do ano 2000. Em terceiro lugar, o Sr. K. anexou à sua declaração conjuntos de fotografias para mostrar a forma de etiquetar garrafas de vodca Żubrówka com uma etiqueta verde bem como com o motivo de uma canícula colocada regularmente nessas garrafas, incluindo nas destinadas ao mercado francês entre 1998 e 2003. Aos olhos do Sr. K., essas fotografias demonstram explicitamente que uma canícula era claramente visível para cada consumidor, independentemente de este ver a garrafa de frente ou de trás.

52 À declaração do Sr. K. estavam assim apensas quatro fotografias de garrafas de vodca Żubrówka de 700 ml, segundo aquele exportadas para França, que mostram as quatro seguinte representações, nas quais a garrafa aparece respetivamente, de frente, vista dos dois lados, e de trás:



53 Ora, nos n.os 13 a 15 da decisão impugnada (v. n.º 15 *supra*), a Câmara de Recurso afirmou que os elementos de prova da utilização apresentados pela recorrente continham, «nomeadamente», duas declarações prestadas sob juramento, uma do diretor financeiro e presidente desta sociedade e a outra do presidente diretor-geral da Pernod SA, distribuidor exclusivo da vodca Żubrówka no território francês, às quais estavam anexadas uma representação da referida vodca, panfletos destinados aos distribuidores franceses para os anos de 1999 a 2002, mostrando quatro representações, e panfletos distribuídos por supermercados franceses entre 2003 a 2006, que mostram oito representações.

54 Daqui resulta que a asserção da Câmara de Recurso, constante do n.º 16 da decisão impugnada, segundo a qual «[n]ão foi apresentada nenhuma outra prova para além das representadas nos três números anteriores» deve ser entendida no sentido de que se refere aos elementos de prova da utilização apresentados à Divisão de Oposição no prazo concedido por esta, mas não àqueles que foram tardiamente apresentados à Câmara de Recurso.

55 Por conseguinte, há que considerar que a Câmara de Recurso só tomou em consideração os elementos apresentados pela recorrente na Divisão de Oposição e não exerceu o seu poder de apreciação relativamente à tomada em consideração dos elementos de prova da utilização apresentados pela primeira vez perante si, em particular a declaração do Sr. K. e as fotografias que lhe estavam anexadas, bem como os artigos da imprensa francesa e os excertos de fóruns de sítios Internet franceses.

56 É assim sem razão que a recorrente alega que, uma vez que a Câmara de Recurso não formulou nenhuma crítica sobre a admissibilidade dos elementos de prova anexados ao articulado de 18 de fevereiro de 2011 que expõe os fundamentos do recurso e não mencionou o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009, é legítimo pressupor que considerou estes elementos de prova admissíveis. Com efeito, não tendo a Câmara de Recurso exercido o seu poder de apreciação, não pôde, implicitamente, julgar os referidos elementos admissíveis.

57 Para mais, segundo a jurisprudência, resulta da redação do artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009, que a invocação ou apresentação tardia de factos e de provas não é suscetível de conferir à parte que a efetua um direito incondicional a que esses factos ou provas sejam tomados em consideração pelo IHMI (acórdão IHMI/Kaul, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2007:162, n.ºs 43 e 63). No presente caso, é precisamente a extemporaneidade da apresentação dos elementos de prova que distingue o contexto factual do presente processo do contexto da jurisprudência invocada pela recorrente [acórdão de 10 de outubro de 2012, Bimbo/IHMI — Panrico (BIMBO DOUGHNUTS), T-569/10, EU:T:2012:535, n.º 35], no qual os argumentos e elementos de prova considerados implicitamente admissíveis tinham sido apresentados em tempo útil.

58 É também sem razão que o IHMI contrapõe que, por a Câmara de Recurso não ter incluído estes novos documentos entre aqueles que tomou em conta para apreciar a natureza da utilização, há, pelo contrário, que entender que aquela decidiu não os tomar em conta. Com efeito, não tendo a Câmara de Recurso exercido o seu poder de apreciação, a mesma não pôde, implicitamente, julgar inadmissíveis os referidos elementos de prova.

59 Ainda que se admitisse que o IHMI exerceu o seu poder de apreciação, num sentido ou noutro, importa recordar que, segundo a jurisprudência, quando o IHMI exerce o seu poder de apreciação para efeitos de decidir se deve ou não tomar em consideração um documento apresentado extemporaneamente, deve fundamentar a sua decisão quanto a este aspeto (acórdãos IHMI/Kaul, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2007:162, n.º 43; New Yorker SHK Jeans/IHMI, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:484, n.º 23, e Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.º 78).

60 Como o Tribunal de Justiça salientou, a eventual tomada em consideração pelo IHMI de tais elementos de prova suplementares não constitui de modo nenhum um «favor» concedido a uma ou a outra parte, mas deve encarnar o resultado de um exercício objetivo e fundamentado do poder de apreciação que o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009 confere a este organismo. A fundamentação assim exigida afigura-se ainda mais necessária quando o IHMI decide afastar provas tardiamente apresentadas (acórdão Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.ºs 111 e 112).

61 Ora, no presente caso, não pode deixar de se observar que a Câmara de Recurso não exerceu o poder de apreciação que lhe foi conferido quanto à tomada em consideração dos elementos de prova da utilização apresentados pela primeira vez perante si e não apresentou nenhuma fundamentação a este respeito. Esta constatação não é suscetível de ser posta em causa devido à utilização do termo «nomeadamente» no n.º 13 da decisão impugnada, que não pode constituir um exercício objetivo e fundamentado do referido poder de apreciação para efeitos de afastar esses elementos.

62 Para além desse dever de fundamentação, a jurisprudência definiu critérios para o exercício do poder de apreciação do IHMI para efeitos da eventual tomada em consideração de elementos de prova apresentados tardiamente. Assim, essa tomada em consideração pelo IHMI, é, em particular, suscetível de se justificar quando este considerar, por um lado, que os elementos apresentados tardiamente são, à primeira vista, suscetíveis de revestir uma relevância real no que diz respeito ao resultado da oposição que nele foi apresentada e, por outro, que a fase do processo em que essa apresentação tardia ocorre e as circunstâncias que a envolvem não se opõem a essa tomada em consideração (acórdãos IHMI/Kaul, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2007:162, n.º 44; New Yorker SHK Jeans/IHMI, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:484, n.º 33, e Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, referido no n.º 44 *supra*, n.º 113).

63 Ora, no presente caso, há que considerar que, de entre os elementos apresentados tardiamente, pelo menos a declaração do Sr. K. e as representações da garrafa, vista de frente, dos dois lados e de trás, que lhe estavam anexadas (v. n.os 50 e 51 *supra*), assim como os artigos da imprensa francesa e os excertos de fóruns de sítios Internet franceses, preenchiam estas duas condições suscetíveis de justificar a sua tomada em consideração pelo IHMI.

64 Com efeito, por um lado, a declaração do Sr. K. e as representações da garrafa, vista de frente, dos dois lados e de trás, que lhe estavam anexadas, eram, à primeira vista, suscetíveis de revestir uma relevância real no que diz respeito ao resultado da oposição apresentada perante o IHMI, na medida em que a sua eventual tomada em consideração podia ser suscetível de pôr em causa as apreciações da Câmara de Recurso, enunciadas nos n.os 17 e 18 da decisão impugnada (v. n.os 16 e 17 *supra*), segundo as quais, em primeiro lugar, «a linha diagonal não estava aposta na superfície exterior e não figurava no próprio rótulo», em segundo lugar, «devido à presença do rótulo, não era possível ver o que se encontrava atrás do rótulo» e, em terceiro lugar, «[n]estas circunstâncias, há que concluir que a [recorrente] não [demonstrou] a natureza da utilização» da sua marca tridimensional francesa anterior.

65 A este respeito, importa sublinhar que o caráter tridimensional de uma marca como a que está em causa se opõe a uma visão estática, em duas dimensões, e exige uma perceção dinâmica, em três dimensões. Assim, o consumidor pertinente pode, em princípio, apreender uma marca tridimensional de vários lados. Quanto às provas da utilização dessa marca, há assim que tomá-los em conta não como reproduções da sua visibilidade em duas dimensões, mas como representações do entendimento que o consumidor pertinente dela faz em três dimensões. Daqui resulta que representações de lado e de trás de uma marca tridimensional são, em princípio, suscetíveis de revestir uma relevância real para apreciar a utilização séria da referida marca e não podem ser afastadas pela simples razão de não constituírem reproduções de frente.

66 De igual modo, os artigos da imprensa francesa e os excertos de fóruns de sítios Internet franceses que declaram, em substância, que a vodca Żubrówka com a «famosa erva de bisonte» «se reconhece facilmente graças à canícula aromática existente na garrafa» (v. n.º 50 *supra*), eram, à primeira vista, suscetíveis de revestir uma relevância real no que respeita ao destino da oposição apresentada no IHMI, na medida em que a sua eventual tomada em consideração podia ter facilitado a prova da utilização séria da marca francesa anterior no território francês durante o período pertinente.

67 Por outro lado, a fase do processo em que ocorreu essa apresentação tardia e as circunstâncias que a envolveram não se opunham à tomada em consideração desses elementos de prova pelo IHMI, na medida em que a recorrente os apresentou no momento do depósito do seu articulado que expôs os fundamentos do seu recurso na Câmara de Recurso, de modo a permitir que esta última exercesse, de forma objetiva e fundamentada, o seu poder de apreciação quanto à tomada em consideração dos referidos elementos.

68 Daqui resulta que, em conformidade com a jurisprudência acima referida no n.º 62, a Câmara de Recurso era obrigada a exercer, de forma objetiva e fundamentada, o seu poder de apreciação relativamente à tomada em consideração dos elementos de prova apresentados tardiamente que preenchiam os dois critérios definidos por essa jurisprudência, a saber, pelo menos, a declaração do Sr. K. e as representações da garrafa, vista de frente, dos dois lados e de trás, anexadas à declaração, bem como os artigos da imprensa francesa e os excertos de fóruns de sítios Internet franceses.

69 Por conseguinte, há que concluir que, não tendo exercido, de forma objetiva e fundamentada, o seu poder de apreciação relativamente à tomada em consideração dos elementos de prova da utilização da marca tridimensional francesa anterior apresentados pela primeira vez perante si, a Câmara de Recurso violou o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009 assim como, atendendo à falta de fundamentação assim constatada, o artigo 75.º do mesmo regulamento.

70 Esta conclusão não pode ser posta em causa pelas alegações do IHMI e da interveniente.

71 A título preliminar, na medida em que, no Tribunal Geral, o IHMI pretende alicerçar a decisão impugnada em elementos não tidos em conta nesta, há que observar que esse complemento de fundamentação só pode ser validamente invocado no Tribunal Geral para efeitos de aperfeiçoamento da fundamentação, eventualmente insuficiente, constante da decisão impugnada (v., neste sentido e por analogia, acórdão de 11 de dezembro de 2012, Sina Bank/Conselho, T-15/11, Colet., EU:T:2012:661, n.º 62 e jurisprudência referida).

72 Com efeito, importa recordar que a fundamentação de um ato deve ser fornecida ao interessado nesse próprio ato antes da interposição, por este último, de um recurso contra o referido ato, e que o desrespeito da exigência de fundamentação não pode ser sanado pelo facto de a pessoa interessada tomar conhecimento dos fundamentos do ato no decurso do processo perante o juiz da União (v., neste sentido e por analogia, acórdão Sina Bank/Conselho, referido no n.º 71 *supra*, EU:T:2012:661, n.º 56 e jurisprudência referida). A possibilidade de uma instituição ou de um órgão da União invocar esses motivos suplementares, para completar aquele que foram enunciados na decisão impugnada, violaria os direitos de defesa da pessoa interessada e o seu direito a uma proteção jurisdicional efetiva, bem como o princípio da igualdade das partes perante o juiz da União (v., neste sentido e por analogia, acórdão de 6 de setembro de 2013, Bateni/Conselho, T-42/12 e T-181/12, EU:T:2013:409, n.º 54 e jurisprudência referida).

73 Sem prejuízo dessa conclusão, o Tribunal considera oportuno analisar e refutar as referidas alegações.

74 Em primeiro lugar, a alegação do IHMI, segundo a qual o artigo 42.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 207/2009, conforme aplicado pela regra 22, n.º 2, do Regulamento n.º 2868/95, contém uma «disposição em contrário», na aceção da jurisprudência referida no n.º 44, *supra*, à tomada em consideração das provas de utilização apresentadas pela primeira vez na Câmara de Recurso, deve ser rejeitada pelas razões seguintes.

75 Intitulado «Exame da oposição», o artigo 42.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 207/2009 prevê, no essencial, que, a pedido do requerente, o titular de uma marca comunitária anterior que tenha deduzido oposição, provará que, nos cinco anos anteriores à publicação do pedido de marca comunitária, a marca comunitária ou nacional anterior foi objeto de utilização séria na União relativamente aos produtos ou serviços para que foi registada e em que se baseia a oposição, ou que existem motivos justificados para a sua não utilização. Na falta dessa prova, a oposição será rejeitada.

76 A este respeito, importa constatar que o artigo 42.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 207/2009, enquanto disposição substantiva, não contém nenhuma exigência quanto ao prazo concedido ao oponente para fornecer a prova da utilização da marca anterior (acórdão New Yorker SHK Jeans/IHMI, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:484, n.º 24; v. igualmente, por analogia, acórdão Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.º 79). Assim, a rejeição da oposição, «na falta dessa prova», resulta de uma apreciação de mérito relativamente à prova fornecida, e não da inobservância de um prazo processual.

77 Por conseguinte, o artigo 42.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 207/2009, não pode afetar o poder de apreciação conferido ao IHMI pelo artigo 76.º, n.º 2, do mesmo regulamento, para efeitos de decidir se se devem ou não tomar em consideração elementos de prova apresentados tardiamente perante si.

78 Por seu turno, a regra 22, n.º 2, do Regulamento n.º 2868/95 dispõe que, se o opositor tiver de provar a utilização ou a existência de motivos justificados para a não utilização, o IHMI convidá-lo-á a fornecer a necessária prova no prazo por ele fixado. Se o oponente não fornecer a prova no prazo fixado, o IHMI rejeitará a oposição.

79 Do mesmo modo, a regra 40, n.º 5, do Regulamento n.º 2868/95 indica que, no caso de um pedido de declaração de extinção assente no artigo 51.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 207/2009, o IHMI convidará o titular da marca comunitária a apresentar prova da utilização da marca no decurso de um período que o IHMI determinar. No caso de não ser apresentada prova no prazo concedido, a marca comunitária é declarada extinta. A regra 22, n.ºs 2 a 4.º aplica-se *mutatis mutandis*.

80 Ora, importa recordar que o Tribunal de Justiça declarou que a regra 40, n.º 5, do Regulamento n.º 2868/95 não é suscetível de constituir um obstáculo ao exercício, por parte da Câmara de Recurso, do poder de apreciação que lhe é conferido, em princípio, pelo artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009, para efeitos da tomada em consideração eventual das provas suplementares que lhe tenham sido apresentadas (v., neste sentido, acórdão Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.º 90).

81 Sucede o mesmo, por identidade de motivos, com a regra 22, n.º 2, do Regulamento n.º 2868/95, que representa o equivalente, para o processo de oposição, da regra 40 do mesmo regulamento, que rege o processo de extinção.

82 A este respeito, embora seja certo que decorre da redação da regra 22, n.º 2, do Regulamento n.º 2868/95, que, quando nenhuma prova da utilização da marca em causa seja apresentada no prazo concedido pelo IHMI, a falta de utilização séria da marca anterior deve, em princípio, ser declarada oficiosamente por este último, tal conclusão não se impõe, em contrapartida, quando elementos de prova dessa utilização tenham sido apresentados no referido prazo (acórdão New Yorker SHK Jeans/IHMI, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:484, n.º 28; v. igualmente, por analogia, acórdão Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.º 86).

83 Nesse caso, com efeito, e a menos que resulte que os referidos elementos são desprovidos de pertinência para efeitos da demonstração da utilização séria da marca, o processo deve seguir o seu curso. Assim, o IHMI é nomeadamente chamado, como previsto no artigo 42.º, n.º 1, do Regulamento n.º 207/2009, a convidar as partes, tantas vezes quantas forem necessárias, a apresentar as suas observações sobre as notificações que lhes enviou ou sobre as comunicações das outras partes (acórdão New Yorker SHK Jeans/IHMI, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:484, n.º 29; v. igualmente, por analogia, acórdão Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.º 87).

84 Nesse contexto, se a falta de utilização séria da marca anterior vier a ser posteriormente declarada, essa declaração não decorre da aplicação da regra 22, n.º 2, do Regulamento n.º 2868/95, disposição de natureza essencialmente processual, mas exclusivamente da aplicação das disposições substantivas que constam do artigo 42.º do Regulamento n.º 207/2009 (acórdão New Yorker SHK Jeans/IHMI, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:484, n.º 29; v. igualmente, por analogia, acórdão Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.º 87).

85 Resulta nomeadamente do que precede que a apresentação de provas da utilização da marca que venha acrescer a provas que foram, elas próprias, apresentadas no prazo concedido pelo IHMI, nos termos da regra 22, n.º 2, do Regulamento n.º 2868/95, continua a ser possível depois de expirado o referido prazo e o IHMI não está de modo nenhum proibido de ter em conta provas suplementares apresentadas tardiamente, fazendo para tal uso do poder de apreciação que o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009 lhe confere (acórdão New Yorker SHK Jeans/IHMI, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:484, n.º 30; v. igualmente, por analogia, acórdão Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.º 88).

86 Por conseguinte, há que concluir que a regra 22, n.º 2, do Regulamento n.º 2868/95 não é suscetível de impedir o exercício, por parte da Câmara de Recurso, do poder de apreciação que lhe é conferido pelo artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009, para efeitos da eventual tomada em consideração das provas suplementares que foram apresentadas pela primeira vez perante si.

87 No presente caso, como foi acima recordado no n.º 48, é facto assente que a recorrente apresentou, no prazo concedido pelo IHMI, vários elementos de prova destinados a demonstrar a utilização da marca francesa anterior. Importa igualmente constatar que os elementos assim inicialmente apresentados não eram desprovidos de pertinência relativamente a esse fim, tanto mais que a Câmara de Recurso, nos n.ºs 13 a 18 da decisão impugnada, os tomou em consideração, embora os tenha considerado insuficientes. Daqui resulta que a apresentação de provas suplementares, que acrescem às provas pertinentes apresentadas no prazo concedido pelo IHMI nos termos da regra 22, n.º 2, do Regulamento n.º 2868/95, continuava a ser possível depois de expirado o referido prazo e o IHMI não estava de modo nenhum impedido de as tomar em consideração, fazendo para tal uso do poder de apreciação que lhe é conferido pelo artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009.

88 Em segundo lugar, também não pode ser acolhida a alegação do IHMI e da interveniente, alegadamente baseada na jurisprudência, segundo a qual os novos documentos não eram complementares dos apresentados dentro dos prazos, ou inclusivamente não tinham nenhuma relação material com estas, pois estas representavam uma outra garrafa, com um gargalo arredondado em vez retilíneo, bem como um objeto de forma alongada — que pode ser um canícula — constantemente mostrado no interior de uma garrafa, pelo que constituiu a primeira e única prova da utilização do referido objeto numa posição no interior de uma garrafa.

89 A este respeito, há que observar, antes de mais, que a jurisprudência não exige uma relação material entre os elementos suplementares e os elementos anteriores. Exige apenas que as provas apresentadas depois de terminado o prazo concedido pela Divisão de Oposição não sejam as primeiras e únicas provas da utilização, mas, pelo contrário, que se trate de provas ditas «complementares» ou «suplementares», que venham acrescer a elementos de prova relevantes, apresentados dentro do prazo concedido [acórdãos New Yorker SHK Jeans/IHMI, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:484, n.º 30, e de 29 de setembro de 2011, New Yorker SHK Jeans/IHMI — Vallis K.-Vallis A. (FISHBONE), T-415/09, EU:T:2011:550, n.º 33].

90 Em seguida, há que recordar que os critérios fixados pela jurisprudência acima referida no n.º 62 também não exigem uma relação material dos elementos suplementares com os elementos anteriormente apresentados, mas a sua pertinência intrínseca para o destino do processo no IHMI.

91 Além disso, há que observar que esta alegação do IHMI e da interveniente não é sustentada pelos factos, uma vez que desvirtua os elementos de prova apresentados no prazo concedido pela Divisão de Oposição. Há efetivamente que constatar que, nas fotografias reproduzidas nos n.ºs 14 e 15 da decisão impugnada (v. n.º 15 *supra*), é uma canícula — e não um qualquer objeto oblongo — que se encontra no interior de uma garrafa que é visível para o observador. As fotografias acima reproduzidas no n.º 52 não podem, por conseguinte, constituir a primeira e única prova da utilização de uma canícula colocada no interior de uma garrafa.

92 Em terceiro lugar, também não pode s prosperar a alegação do IHMI e da interveniente de que a recorrente não explicou de que modo os elementos de prova apresentados pela primeira vez na Câmara de Recurso eram complementares dos já apresentados, nem por que razão não os tinha apresentado no prazo concedido.

93 Desde logo, há que observar que tal explicação não é exigida pela jurisprudência acima referida no n.º 62.

94 Além disso, deve observar-se que a recorrente, nas suas alegações que expuseram os fundamentos do seu recurso para a Câmara de Recurso, se referiu efetivamente tanto à decisão da Divisão de Oposição que considerou insuficientes as provas da utilização apresentadas perante aquela, como aos elementos de prova suplementares. Invocou, assim, contrariamente ao que a interveniente afirma, cada um desses elementos em apoio da sua argumentação formulada nas pp. 2 e 3 do referido articulado. Deve considerar-se que tal referência bastava para indicar que a recorrente alegou a pertinência destes elementos de prova para o processo na Câmara de Recurso. Ora, não se afigura que esta examinou devidamente a eventual pertinência dos elementos de prova suplementares apresentados pela recorrente (v., por analogia, acórdão Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.º 116).

95 Por outro lado, importa sublinhar que uma eventual tomada em consideração de elementos de prova suplementares da utilização da marca, apresentados depois de expirado o prazo previsto na regra 22, n.º 2, do Regulamento n.º 2868/95, não exige necessariamente que o interessado tenha estado impossibilitado de apresentar esses elementos dentro do referido prazo (v., por analogia, acórdão Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.º 117).

96 Em quarto e último lugar, não pode ser acolhida a alegação da interveniente, pretensamente baseada na jurisprudência, segundo a qual a fundamentação da Câmara de Recurso podia ser implícita, como no presente caso no n.º 16 da decisão impugnada (v. n.º 15 *supra*), uma vez que não se pode exigir que aquela forneça uma exposição que acompanhe exaustivamente todos os raciocínios articulados pelas partes perante si.

97 A este respeito, há que recordar que a jurisprudência invocada pela interveniente só se aplica na condição expressa de a fundamentação permitir, por um lado, aos interessados conhecerem as razões pelas quais a decisão da Câmara de Recurso foi adotada e, por outro, ao órgão jurisdicional competente dispor de elementos suficientes para exercer a sua fiscalização [v., neste sentido, acórdão de 9 de julho de 2008, Reber/IHMI — Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, Colet., EU:T:2008:268, n.º 55 e jurisprudência referida].

98 Ora, resulta dos n.ºs 47 a 69 *supra* que essa condição não está preenchida no presente caso, pelo menos no que respeita à decisão da Câmara de Recurso quanto à tomada em consideração dos elementos de prova apresentados pela primeira vez perante si, pelo que a referida jurisprudência é inaplicável ao presente caso.

99 De igual modo, a jurisprudência invocada pelo IHMI, segundo a qual a falta de fundamentação, ainda que venha a ser demonstrada, não deve, enquanto tal, conduzir à anulação da decisão impugnada quando seja irrelevante para o mérito da decisão impugnada [acórdão de 12 de setembro de 2013, «Rauscher» Consumer Products/IHMI (Representação de um carimbo), T-492/11, EU:T:2013:421, n.º 34], é inaplicável ao presente caso por precisamente não preencher essa condição, estando a incidência da falta de fundamentação quanto à procedência da decisão impugnada no caso vertente acima exposta nos n.ºs 47 a 69, designadamente nos n.ºs 64 e 66.

100 Atendendo a todas as considerações que precedem, há que concluir pela procedência do terceiro fundamento, na medida em que a Câmara de Recurso não exerceu, de forma objetiva e fundamentada, o seu poder de apreciação para efeitos de decidir se havia ou não que tomar em consideração os elementos de prova suplementares que lhe foram apresentados pela primeira vez depois de expirado o prazo concedido pela Divisão de Oposição.

101 Quanto ao demais, não tendo a questão de saber se havia ou não que tomar em consideração os elementos de prova suplementares que lhe foram apresentados sido examinada pela Câmara de Recurso, não cabe ao Tribunal examiná-la, pela primeira vez, no âmbito da fiscalização da legalidade da decisão impugnada [v., neste sentido, acórdãos de 5 de julho de 2011, Edwin/IHMI, C-263/09 P,

Colet., EU:C:2011:452, n.os 72 e 73; de 12 de maio de 2010, Beifa Group/IHMI - Schwan-Stabilo Schwanhäuser (Instrumento de escrita), T-148/08, Colet., EU:T:2010:190, n.º 124, e de 14 de dezembro de 2011, Völkl/IHMI — Marker Völkl (VÖLKL), T-504/09, Colet., EU:T:2011:739, n.º 63 e jurisprudência referida].

102 Cabe, pois, à Câmara de Recurso apreciar, no respeito dos ensinamentos decorrentes da jurisprudência e do presente acórdão, tendo devidamente em conta todas as circunstâncias pertinentes e fundamentando a sua decisão a este respeito, se há que tomar em consideração os elementos de prova suplementares apresentados pela primeira vez perante si pela recorrente, para efeitos da decisão que é chamada a tomar sobre o recurso que continua a estar pendente perante si (v., neste sentido, acórdão Centrotherm Systemtechnik/IHMI e centrotherm Clean Solutions, referido no n.º 44 *supra*, EU:C:2013:593, n.º 119).

103 À luz da procedência do terceiro fundamentos, sem que seja necessário examinar o primeiro e o segundo fundamentos, há que julgar o recurso procedente e, por conseguinte, anular a decisão impugnada.

Quanto às despesas

104 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

105 Tendo o IHMI e a interveniente sido vencidos, há que, por um lado, condenar o IHMI a suportar, para além das suas próprias despesas, as despesas efetuadas pela recorrente, em conformidade com o pedido desta última, e, por outro, decidir que a interveniente suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Oitava Secção)

decide:

1) É anulada a decisão da Quarta Câmara de Recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI) de 26 de março de 2012 (processo R 2506/2010-4).

2) O IHMI suportará, para além das suas próprias despesas, as despesas efetuadas pela CEDC International sp. z o.o.

3) A Underberg AG suportará as suas próprias despesas.

Gratsias Kancheva Wetter

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 11 de dezembro de 2014.

Assinaturas