Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava)

de 24 de febrero de 2016 *

«Marca comunitaria — Solicitud de marca comunitaria tridimensional — Forma de una botella curvada sin estrías — Motivo de denegación absoluto — Falta de carácter distintivo — Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 207/2009 — Falta de carácter distintivo adquirido por el uso — Artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 207/2009»

En el asunto T-411/14,

The Coca-Cola Company, con domicilio social en Atlanta, Georgia (Estados Unidos), representada por los Sres. D. Stone y A. Dykes, Solicitors, y S. Malynicz, Barrister,

parte demandante,

contra

Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), representada por los Sres. P. Geroulakos y A. Folliard-Monguiral, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto un recurso interpuesto contra la resolución de la Segunda Sala de Recurso de la OAMI de 27 de marzo de 2014 (asunto R 540/2013-2) dictada en un procedimiento de registro de un signo tridimensional constituido por la forma de una botella curvada como marca comunitaria,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava),

integrado por el Sr. D. Gratsias, Presidente, y la Sra. M. Kancheva y el Sr. C. Wetter (Ponente), Jueces;

Secretario: Sr. I. Dragan, administrador;

habiendo considerado el escrito de demanda presentado en la Secretaría del Tribunal el 10 de junio de 2014;

habiendo considerado el escrito de contestación presentado en la Secretaría del Tribunal el 22 de octubre de 2014;

celebrada la vista el 16 de septiembre de 2015;

dicta la siguiente

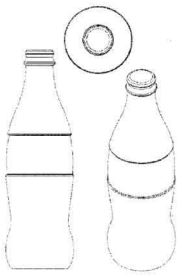
* Lengua de procedimiento: inglés.

Sentencia

Antecedentes del litigio

1 El 29 de diciembre de 2011, la demandante, The Coca-Cola Company, presentó una solicitud de registro de marca comunitaria en la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), en virtud del Reglamento (CE) nº 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria (DO L 78, p. 1).

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



3 Los productos para los que se solicitaba el registro están comprendidos en las clases 6, 21 y 32 del Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, de 15 de junio de 1957, en su versión revisada y modificada, y corresponden, para cada una de esas clases, a la descripción siguiente:

— clase 6: «Metales comunes y sus aleaciones; materiales de construcción metálicos; artículos de cerrajería y ferretería metálicos; productos metálicos no comprendidos en otras clases; botellas metálicas»;

— clase 21: «Utensilios y recipientes para el menaje o la cocina; vidrio en bruto o semielaborado (excepto vidrio de construcción); cristalería, porcelana y loza, no comprendidas en otras clases; botellas de vidrio y de plástico»;

— clase 32: «Cervezas; aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; bebidas y zumos de frutas; siropes y otros preparados para hacer bebidas».

4 El 23 de enero de 2012, el examinador informó a la demandante de que debía denegar la solicitud de registro para una parte de los productos designados, con fundamento en el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 207/2009, en concreto, para los siguientes productos:

— clase 6: «Productos metálicos no comprendidos en otras clases; botellas metálicas»;

— clase 21: «Utensilios y recipientes para el menaje o la cocina; vidrio en bruto o semielaborado (excepto vidrio de construcción); cristalería, porcelana y loza, no comprendidas en otras clases; botellas de vidrio y de plástico»;

— clase 32: «Cervezas; aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; bebidas y zumos de frutas; siropes y otros preparados para hacer bebidas».

5 El 23 de marzo de 2012, la demandante informó a la OAMI de que mantenía su solicitud de registro para todos los productos designados, afirmando que el signo cuyo registro se solicitaba había adquirido un carácter distintivo en virtud del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 207/2009. El

19 de octubre de 2012, tras haber obtenido prórrogas del plazo fijado para reunir y presentar todos los documentos en apoyo de sus alegaciones, la demandante expuso sus argumentos contra el criterio inicial del examinador.

6 El 23 de enero de 2013, el examinador denegó la solicitud de registro. Tras haber examinado los argumentos y los medios de prueba presentados por la demandante, apreció que la marca solicitada carecía de carácter distintivo para los productos designados. Después de considerar que los motivos de denegación absolutos previstos en el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 207/2009 eran aplicables a la solicitud de marca comunitaria, el examinador denegó también la solicitud de la demandante en virtud del artículo 7, apartado 3, del mismo Reglamento.

7 El 20 de marzo de 2013, la demandante interpuso un recurso ante la OAMI contra la resolución del examinador.

8 Mediante resolución de 27 de marzo de 2014 (en lo sucesivo, «resolución impugnada»), la Segunda Sala de Recurso desestimó el recurso porque la marca solicitada carecía de carácter distintivo para los productos designados, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento nº 207/2009.

9 La Sala de Recurso apreció que los productos designados se destinaban al consumo ordinario y se dirigían principalmente al público en general. Atendiendo al hecho de que los productos considerados se caracterizan por una producción en gran escala, la Sala de Recurso estimó que el consumidor medio de esos productos no era especialmente atento y que era «probable que tuviera un recuerdo imperfecto de los productos de una marca».

10 En relación con el carácter distintivo, la Sala de Recurso primeramente describió la marca solicitada. A continuación, la comparó con imágenes incluidas en la comunicación de los motivos de denegación del examinador y concluyó que éste había apreciado válidamente que la marca solicitada carecía de carácter distintivo alguno para los productos designados.

11 La Sala de Recurso estimó que la suma de las características del recipiente en cuestión no confería carácter distintivo a la marca solicitada, ya que eran comunes a las formas de los productos designados comprendidos en las clases 6 y 21 y al envasado de los productos designados comprendidos en la clase 32. Ratificó así la conclusión del examinador de que la forma en cuestión no era muy diferente de las formas básicas de los productos referidos y de su envasado.

12 Ante el argumento de la demandante de que la marca solicitada debía considerarse como la «botella curvada sin estrías» que el público pertinente asociaría con su célebre botella emblemática (en lo sucesivo, «botella curvada con estrías»), ya que para ese público la marca solicitada representaría una evolución de esta última, la Sala de Recurso llevó a cabo una comparación de ambas botellas.

13 En sustancia, aun reconociendo que las dos botellas presentaban similitudes, la Sala de Recurso concluyó que las impresiones globales que producían eran diferentes. En ese sentido, atendió muy en especial a las estrías como un elemento llamativo de la botella curvada con estrías. De esa forma, la Sala de Recurso desestimó el argumento de que la marca solicitada debía considerarse como una evolución natural de la botella curvada con estrías. Consideró que la marca solicitada debía evaluarse teniendo en cuenta la percepción de ese signo por el público pertinente, sin suponer que ese público establecería un vínculo directo e inmediato entre ese signo y la botella curvada con estrías por la que la demandante es reconocida en todo el mundo.

14 A la luz de esas consideraciones, la Sala de Recurso concluyó, examinadas las características de la marca solicitada, que ésta no se separaba de las normas y usos del sector interesado en grado suficiente para permitir que el público pertinente identificara inmediata y directamente el origen comercial de los productos. Por tanto, la Sala de Recurso concluyó que la marca solicitada carecía de carácter distintivo en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 207/2009.

15 En lo que se refiere al artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 207/2009, la Sala de Recurso estimó que la demandante no había probado que la marca solicitada hubiera adquirido un carácter distintivo por el uso.

16 La Sala de Recurso manifestó serias dudas sobre la fiabilidad de las encuestas presentadas por la demandante, y en especial sobre su fuente, ya que no las había realizado la conocida empresa de estudios de mercado que indicaban esas encuestas, sino un antiguo director de esa empresa que había pasado a ser consultor independiente en estudios de mercado. La Sala de Recurso también apreció que las encuestas contenían preguntas tendenciosas y que las cifras sobre los porcentajes no cuadraban (al sumar ciertos porcentajes, la adición superaba el 100 %). Al margen de esas dudas, la Sala de Recurso observó que las encuestas se habían desarrollado en menos de la mitad de los Estados miembros de la Unión Europea. También señaló que las encuestas se había realizado después de la fecha de presentación de la solicitud de registro de marca.

17 La Sala de Recurso apreció que, incluso teniendo en cuenta la declaración testifical del asesor de marketing de la filial de la demandante en Francia, los volúmenes de negocio y de ventas presentados por la demandante correspondían a la totalidad de las actividades de ésta y no a la marca solicitada.

18 La Sala de Recurso estimó que la casi totalidad del material publicitario no guardaba relación con la marca solicitada sino con las otras botellas o latas de bebida de la demandante y, en especial, su célebre botella curvada con estrías.

19 La Sala de Recurso desestimó también el argumento de la demandante de que la marca solicitada había adquirido un carácter distintivo a raíz de su utilización como parte de otra marca. La Sala precisó que el presente caso se diferenciaba de los asuntos invocados por la demandante en ese sentido. Añadió que la percepción del consumidor pertinente no era necesariamente la misma en el caso de formas y en el de elementos denominativos.

20 Atendiendo a las características del signo solicitado, a la naturaleza de los productos designados y a la estrategia de marketing presentada con los medios de prueba, la Sala de Recurso concluyó que no carecía de pertinencia el hecho de que la botella curvada sin estrías pudiera venderse con una etiqueta. Reconoció en ese sentido que una estrategia comercial centrada en una marca no podía impedir la adquisición del carácter distintivo, pero recordó que los medios de prueba presentados mostraban la forma en la que los productos referidos se comercializaban con la marca solicitada ante el público pertinente. Según la Sala de Recurso, no se podían dejar de lado esas consideraciones sobre la estrategia de marketing al apreciar la percepción de la marca solicitada por ese público.

21 Aun reconociendo que la demandante había realizado importantes inversiones en materia de publicidad y que las cifras de venta presentadas eran muy altas, la Sala de Recurso estimó que los medios de prueba seguían siendo en conjunto insuficientes y poco convincentes acerca de la percepción real de la marca solicitada por el público pertinente.

22 La Sala de Recurso observó que las pruebas del carácter distintivo adquirido por el uso eran casi inexistentes en lo que atañe a los productos designados distintos de las bebidas no alcohólicas. En ese sentido, puso de relieve que no se había presentado prueba alguna de la compra de «botellas de vidrio y de plástico» y de «utensilios de cocina».

23 La Sala de Recurso también apreció que los documentos referidos al historial de las bebidas no alcohólicas de la demandante mostraban imágenes de la botella curvada con estrías y que la mayoría de ellos parecían contener imágenes tomadas fuera de la Unión (en particular en los Estados Unidos) o en lugares desconocidos, o que se trataba de textos escritos fuera de la Unión o en lugares desconocidos, y que esos documentos no podían demostrar, por tanto, un carácter distintivo adquirido por la marca solicitada en la Unión.

Pretensiones de las partes

24 La demandante solicita al Tribunal que:

— Anule la resolución impugnada.

— Condene en costas a la OAMI.

25 La OAMI solicita al Tribunal que:

— Desestime íntegramente el recurso.

— Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

26 La demandante aduce dos motivos en apoyo de su recurso. El primero se basa en la infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 207/2009 y el segundo en la vulneración del artículo 7, apartado 3, del mismo Reglamento.

Sobre el primer motivo, fundado en la infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 207/2009

27 La demandante reprocha a la Sala de Recurso no haber considerado las normas y usos del sector, conforme a la jurisprudencia del Tribunal. Afirma en ese sentido que, toda vez que el mercado de los productos considerados es competitivo e incluye a numerosos operadores, ello puede incitar fuertemente a algunos de ellos a concebir el envasado de sus productos de manera que se distingan de los de otros operadores y atraigan la atención del consumidor para que éste pueda conservar en la memoria esa forma específica, con la perspectiva de una compra posterior.

28 Según la demandante, así ocurre en el sector de las bebidas. Alega que, aunque es cierto que las botellas pueden ser simplemente funcionales, gracias a una sección cilíndrica larga y un cuello, numerosas formas de botellas están concebidas para atraer la atención del consumidor y distinguir los productos de un operador singular. Según la demandante, los consumidores están habituados, por tanto, a que sean registradas como marcas formas que se separan de la forma habitual de una botella. A su entender, así sucede en el presente asunto.

29 En su opinión, la Sala de Recurso también cometió un error al no realizar una apreciación global de la marca solicitada y de la manera en la que se han combinado sus diferentes elementos para compararla con las formas habituales en el sector.

30 Además, la demandante mantiene que la marca solicitada difiere de los ejemplos hallados en Internet por el examinador, los cuales sólo se refieren a Irlanda, y que esa marca atrae la atención del consumidor y le permite guardarla en la memoria.

31 La demandante considera también que la Sala de Recurso cometió en el apartado 35 de la resolución impugnada el mismo error que se constató en la sentencia de 20 de octubre de 2011, Freixenet/OAMI (C-344/10 P y C-345/10 P, Rec, EU:C:2011:680, apartado 49). A su entender, en efecto, la Sala de Recurso apreció erróneamente que, dado que el producto se distribuye también con una marca denominativa distintiva, en este caso con una etiqueta, ello priva necesariamente a la forma del producto de todo carácter distintivo. Ese criterio equivale a considerar que ninguna forma puede ser distintiva, ya que ninguna forma se presenta en el mercado sin una marca denominativa u otro tipo de marca.

32 La OAMI refuta los argumentos de la demandante.

33 Conforme al artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 207/2009, se denegará el registro de las marcas que carezcan de carácter distintivo.

34 Con arreglo a jurisprudencia reiterada, el carácter distintivo de una marca en el sentido de esa disposición significa que dicha marca sirve para identificar el producto o el servicio para el que se solicita el registro atribuyéndole una procedencia empresarial determinada y, por consiguiente, distinguir este producto de los de otras empresas (véase la sentencia Freixenet/OAMI, citada en el apartado 31 *supra*, EU:C:2011:680, apartado 42 y jurisprudencia citada).

35 Este carácter distintivo debe apreciarse, por una parte, en relación con los productos o servicios para los que se solicita el registro y, por otra, con la percepción que de ellos tiene el público relevante, integrado por el consumidor de esos productos o servicios (véase la sentencia Freixenet/OAMI, citada en el apartado 31 *supra*, EU:C:2011:680, apartado 43 y jurisprudencia citada).

36 También según reiterada jurisprudencia, los criterios de apreciación del carácter distintivo de las marcas tridimensionales constituidas por la forma del propio producto no difieren de los aplicables a otros tipos de marcas (véase la sentencia Freixenet/OAMI, citada en el apartado 31 *supra*, EU:C:2011:680, apartado 45 y jurisprudencia citada).

37 No obstante, hay que tener en cuenta, en el marco de la aplicación de dichos criterios, que la percepción del consumidor medio no es necesariamente la misma en el caso de una marca tridimensional, constituida por la forma del propio producto, que en el caso de una marca denominativa o figurativa, que consiste en un signo independiente del aspecto de los productos que designa. En efecto, el consumidor medio no tiene la costumbre de presumir el origen de los productos basándose en su forma o en la de su envase, al margen de todo elemento denominativo o gráfico y, por consiguiente, puede resultar más difícil de acreditar el carácter distintivo de una marca tridimensional que el de una marca denominativa o figurativa (véase la sentencia Freixenet/OAMI, citada en el apartado 31 *supra*, EU:C:2011:680, apartado 46 y jurisprudencia citada).

38 Más especialmente, dado que el envase de un producto líquido es un imperativo para su comercialización, el consumidor medio le atribuye, en primer lugar, una mera función de envasado. Una marca tridimensional constituida por un envase sólo es distintiva si permite al consumidor medio de tal producto, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, distinguir el producto de que se trate de los de otras empresas, sin proceder a un análisis o a una comparación y sin prestar especial atención [sentencias de 12 de febrero de 2004, Henkel, C-218/01, Rec, EU:C:2004:88, apartado 53, y de 29 de abril de 2004, Eurocermex/OAMI (Forma de una botella de cerveza), T-399/02, Rec, EU:T:2004:120, apartado 24].

39 En tales circunstancias, sólo una marca que, de una manera significativa, difiera de la norma o de los usos de ese sector y que, por este motivo, cumpla su función esencial de origen no carecerá de carácter distintivo a efectos del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 207/2009 (véase la sentencia Freixenet/OAMI, citada en el apartado 31 *supra*, EU:C:2011:680, apartado 47 y jurisprudencia citada).

40 A la vista de lo expuesto, se debe examinar si la marca solicitada difiere de manera significativa de la norma o de los usos del sector en cuestión.

41 Es preciso señalar previamente que no se discute que, según constató válidamente la Sala de Recurso, los productos designados por la marca solicitada son productos de consumo ordinario dirigidos al público en general. También se ha de apreciar, sin que ello sea discutido, y como también observó en sustancia la Sala de Recurso, que, toda vez que los productos referidos se destinan al consumo ordinario, el nivel de atención del público pertinente se debe considerar medio.

42 En ese sentido, según la descripción presentada por la demandante, la marca solicitada se compone de una base plana que presenta una curva hacia el exterior para dar una apariencia abombada, de una sección cónica que se estrecha hacia el interior y se ensancha hacia el exterior hasta la primera línea horizontal para dibujar una forma trapezoidal, de una parte central saliente levemente encastrada y de apariencia plana, aunque los lados trazan una ligera curva, para dibujar un perfil liso, y de una parte superior que se estrecha hacia lo alto como un embudo y es ligeramente convexa en el cuello.

43 De ello resulta que la marca solicitada es un signo complejo compuesto por varias características.

44 Por tanto, para la apreciación del carácter distintivo de la marca solicitada, hay que considerarla en su conjunto. No obstante, ello no es incompatible con el examen sucesivo de los diferentes elementos que la componen [sentencias de 5 de marzo de 2003, Unilever/OAMI (Pastilla ovoide), T-194/01, Rec, EU:T:2003:53, apartado 54, y Forma de una botella de cerveza, citada en el apartado 38 *supra*, EU:T:2004:120, apartado 25].

45 Ante todo, se ha de apreciar que la parte baja de la botella en la marca solicitada no presenta características que permitan diferenciarla de otras botellas existentes en el mercado. Es notorio que las botellas pueden presentar partes bajas de formas muy variadas. Sin embargo, esas variaciones no permiten, en general, que el consumidor medio deduzca el origen comercial de los productos referidos.

46 En segundo término, se debe observar que la parte central de la marca solicitada tampoco presenta particularidades en relación con lo que se encuentra en el mercado. Como apreció fundadamente la Sala de Recurso, esa parte de la marca solicitada sirve en condiciones comerciales normales para poner una etiqueta en la que figuren el nombre de la marca, información sobre los ingredientes dirigida al consumidor, la capacidad de la botella y los nombres del productor y del distribuidor. El hecho de que esa parte sea ligeramente curvada no implica que confiera a la marca solicitada un carácter distintivo que permita a los consumidores deducir su origen comercial.

47 Finalmente, en cuanto a la parte superior de la marca solicitada, compuesta de un embudo levemente abombado en el cuello, se debe observar que es notorio que las botellas existentes en el mercado presentan características más o menos semejantes a las de la marca solicitada. En efecto, la parte superior de una botella tiene generalmente forma de embudo y presenta un cuello. De ello se deduce que, incluso reconociendo que ese elemento presenta cierta originalidad, no puede ser considerado significativamente divergente de las normas o usos del sector.

48 Así pues, la marca solicitada está formada por una combinación de elementos, cada uno de los cuales, dado que puede ser corrientemente utilizado en el comercio de los productos a que se refiere la solicitud de registro, carece de carácter distintivo en relación con tales productos (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia Forma de una botella de cerveza, citada en el apartado 38 *supra*, EU:T:2004:120, apartado 30).

49 De la jurisprudencia resulta que el hecho de que una marca compleja sólo esté compuesta por elementos carentes de carácter distintivo en relación con los productos de que se trate permite, como regla general, llegar a la conclusión de que esa marca, considerada en su conjunto, carece de carácter

distintivo. Sólo puede desvirtuarse esta conclusión en el supuesto de que indicios concretos, como la manera en la que se combinan los distintos elementos, pongan de manifiesto que la marca compleja, considerada en su conjunto, representa algo más que la suma de los elementos que la componen (véase, en este sentido, la sentencia Forma de una botella de cerveza, citada en el apartado 38 *supra*, EU:T:2004:120, apartado 31).

50 No se advierte que en este caso existan esos indicios. Efectivamente, la marca solicitada se caracteriza por su forma, que presenta una silueta curvada. Sin embargo, esa forma no representa algo más que la suma de los elementos que componen la marca solicitada, a saber, una botella, al igual que la mayoría de las botellas en el mercado. En efecto, esa forma puede ser comúnmente utilizada en el comercio de los productos a los que se refiere la solicitud de registro. De ello se deduce que la manera en la que se combinan los elementos de la presente marca compleja tampoco puede conferirle un carácter distintivo (véase, en este sentido, la sentencia Forma de una botella de cerveza, citada en el apartado 38 *supra*, EU:T:2004:120, apartado 32).

51 De este modo, la marca solicitada sólo constituye una variante de la forma y del envase de los productos referidos que no permitirá que el consumidor medio distinga esos productos de los de otras empresas [véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de diciembre de 2008, Somm/OAMI (Tejadillo para dar sombra), T-351/07, EU:T:2008:591, apartado 27, y de 16 de septiembre de 2009, Alber/OAMI (Manija), T-391/07, EU:T:2009:336, apartado 60].

52 Por tanto, la Sala de Recurso no cometió un error al apreciar que el consumidor medio de la Unión percibiría la marca solicitada, en su conjunto, únicamente como una variante de la forma y del envase de los productos para los que se solicitaba el registro de esa marca.

53 No puede desvirtuar esa conclusión el argumento de que la Sala de Recurso no realizó un examen global de la marca solicitada. En efecto, del apartado 27 de la resolución impugnada resulta que la Sala de Recurso apreció la marca solicitada atendiendo a «la suma de las características del recipiente» de la demandante. La Sala de Recurso indicó también, en el apartado 35 de la resolución impugnada, que «la percepción general de las características citadas por la [demandante] no genera[ría] una impresión global que pudiera dotar al signo solicitado de un carácter distintivo».

54 En lo que atañe al argumento de que la Sala de Recurso omitió considerar el hecho de que el sector pertinente se caracteriza por una fuerte competencia y es usual que los actores en ese mercado intenten diferenciar sus productos con el envase de éstos, es preciso estimar que esas circunstancias no bastan por sí solas para conferir un carácter distintivo a la marca solicitada. Además, la Sala de Recurso consideró ciertamente las condiciones del mercado en su apreciación global de la marca solicitada. En particular, del apartado 28 de la resolución impugnada resulta que la Sala de Recurso estimó que, toda vez que el grado de libertad en la concepción de las botellas no es muy elevado, las variaciones mínimas de las formas habituales no se podían registrar como marcas porque el público no las considerará como una indicación de origen.

55 Por último, la crítica que hace la demandante de la referencia, a mayor abundamiento, de la Sala de Recurso en el apartado 35 de la resolución impugnada al hecho de que generalmente el usuario final dirigirá más su atención a la etiqueta del producto o a su envase y al nombre, la imagen o el dibujo que figure en él, antes que simplemente a la concepción del envase en sí, no puede en cualquier caso desvirtuar el fundamento de las apreciaciones de la Sala de Recurso [véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2013, Boehringer Ingelheim International/OAMI (RELY-ABLE), T-640/11, EU:T:2013:225, apartado 27 y jurisprudencia citada]. En efecto, en su apreciación del carácter distintivo de la marca solicitada a la luz del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 207/2009, la Sala de Recurso examinó la marca solicitada teniendo en cuenta todas sus características pertinentes y sustentó su conclusión de modo suficiente en Derecho en la propia marca

solicitada, a saber la forma simple de la botella curvada [véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2014, Langguth Erben/OAMI (Forma de una botella de bebida alcohólica), T-66/13, EU:T:2014:681, apartados 66 y 67].

56 De ello se deduce que el primer motivo debe desestimarse por infundado.

Sobre el segundo motivo, fundado en la vulneración del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 207/2009

57 La demandante afirma que, en cualquier caso, la marca solicitada ha adquirido un carácter distintivo por el uso. Considera que ha probado la adquisición del carácter distintivo de esa marca al aportar numerosos medios de prueba antes los órganos de la OAMI.

58 Los medios de prueba aportados por la demandante en el procedimiento administrativo ante la OAMI son los siguientes:

— un historial de la manera en la que se ha utilizado la marca solicitada, incluidos el contexto y los fundamentos sobre cuya base se ha utilizado esa marca dentro de la Unión;

— datos basados en encuestas, y las propias encuestas realizadas en diez Estados miembros de la Unión, para demostrar que la mayoría de las personas preguntadas asocian la marca solicitada con la demandante y sus bebidas Coca-Cola;

— medios de prueba, como el código de conducta de la empresa de estudios de mercado, para demostrar que los datos antes mencionados resultan de encuestas correctas e independientes entre unas 5 000 personas representativas del público pertinente en diez Estados miembros;

— cifras de venta acompañadas de un cuadro que contiene el reparto de las ventas entre los Estados miembros de la Unión y una declaración jurada del asesor de marketing de Coca-Cola (Europa), para demostrar que la demandante ha vendido un gran número de botellas curvadas con y sin estrías en la Unión en los años 2009 a 2011;

— cuadros que indican las inversiones realizadas en publicidad y comunicación entre 2009 y 2011, para demostrar que las bebidas Coca-Cola, Coca-Cola Light y Coca-Cola Zero de la demandante se han comercializado en toda la Unión;

— medios de prueba en forma de fotos, artículos y extractos tomados de Internet, para demostrar que la marca solicitada se ha utilizado en el contexto de la comunicación comercial, de publicaciones en Internet, del «Pop Art» y de publicaciones de terceros y otros medios de comunicación.

59 En primer término, la demandante afirma en sustancia que las dudas de la Sala de Recurso sobre la fuente, la fiabilidad y la independencia de las encuestas son infundadas. Reprocha también a la Sala de Recurso no haber interpretado correctamente las encuestas a la luz de las explicaciones que figuraban en ellas. A causa de esos errores, la demandante alega que la Sala de Recurso no entendió los datos que se le presentaban y la manera en la que se habían practicado las encuestas, a pesar de las explicaciones presentadas en éstas y en la exposición de motivos presentada ante la OAMI.

60 En segundo lugar, la demandante arguye en sustancia que la Sala de Recurso cometió un error de Derecho puesto que no reconoció que la marca solicitada había adquirido un carácter distintivo a consecuencia de su uso como parte de una marca registrada, o en combinación con ella. Mantiene que la marca solicitada ha sido objeto de un uso intensivo como parte de la forma de su botella curvada con estrías. Invoca en ese sentido la sentencia de 7 de julio de 2005, Nestlé (C-353/03, Rec, EU:C:2005:432), en la que el Tribunal de Justicia consideró que el carácter distintivo de una marca

previsto en el artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 207/2009 puede nacer tanto del uso, como parte de una marca registrada, de un elemento de ésta, como del uso de una marca diferente en combinación con una marca registrada.

61 Según la demandante, no se puede negar seriamente que la botella curvada con estrías ha sido objeto de un uso intensivo. La botella curvada con o sin estrías se ha vendido en grandes cantidades durante muchos años. Además, la botella curvada con o sin estrías ha sido objeto de una importante promoción.

62 Según la demandante, diversos argumentos abogan a favor de la adquisición por la marca solicitada de un carácter distintivo, como parte de la botella curvada con estrías. En primer lugar, se advierte con claridad que la forma constitutiva de la marca solicitada (es decir la marca solicitada considerada por separado), es bidimensional. Los medios de prueba muestran una vista lateral bidimensional de la marca solicitada que se ha representado en soportes expuestos en los puntos de venta, en soportes publicitarios o en productos como botellas o latas de bebida. Ninguna disposición del Derecho de marcas de la Unión se opone a que el carácter distintivo de marcas tridimensionales se adquiera a través del uso de marcas bidimensionales.

63 En segundo lugar, aduce que existen botellas que corresponden a versiones especiales, configuradas de tal manera que las estrías se ocultan, lo que genera la impresión global de una botella curvada sin estrías. Esos productos existen en versiones tridimensional y bidimensional. La demandante reconoce que esas botellas se han concebido para ocasiones especiales, pero afirma que éstas han sido muy numerosas y que esas botellas han sido objeto de una amplia promoción.

64 En tercer lugar, la demandante invoca la manera en la que algunos terceros han utilizado la marca solicitada en diferentes formas de expresión cultural. Alega que, si el público no considerase la marca solicitada como distintiva de la sociedad Coca-Cola, cabría preguntarse entonces sobre la finalidad perseguida por ciertos artistas a través de sus obras, que según la demandante hacen referencia manifiestamente a la botella de Coca-Cola.

65 La OAMI refuta los argumentos de la demandante.

66 En virtud del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 207/2009, los motivos de denegación absolutos previstos en el artículo 7, apartado 1, letras b) a d), del mismo Reglamento no se oponen al registro de una marca si ésta hubiera adquirido, para los productos o servicios para los cuales se solicita el registro, un carácter distintivo como consecuencia del uso que se ha hecho de ella. En efecto, en el supuesto previsto en el artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 207/2009, el hecho de que el público pertinente perciba efectivamente el signo que constituye la marca de que se trata como una indicación del origen comercial de un producto o de un servicio es el resultado del esfuerzo económico del solicitante de la marca. Esta circunstancia justifica separarse de las consideraciones de interés general en las que se sustenta el apartado 1, letras b) a d), del mismo artículo, que exigen que las marcas a las que se refieren esas disposiciones puedan ser libremente utilizadas, para impedir la creación de una ventaja competitiva ilegítima a favor de un único operador económico [sentencias de 21 de abril de 2010, Schunk/OAMI (Representación de un segmento de un mandril), T-7/09, EU:T:2010:153, apartado 38, y de 22 de marzo de 2013, Bottega Veneta International/OAMI (Forma de un bolso de mano), T-409/10, EU:T:2013:148, apartado 74].

67 De la jurisprudencia resulta que, para que se admita el registro de una marca al amparo del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 207/2009, el carácter distintivo adquirido como consecuencia del uso de la marca debe acreditarse en la parte de la Unión en la que la marca carecía de carácter distintivo, en relación con el artículo 7, apartado 1, letras b) a d), de ese Reglamento. Por otro lado, la adquisición de carácter distintivo por el uso debe haberse producido antes de la presentación de la solicitud de

registro (sentencias Representación de un segmento de un mandril, citada en el apartado 66 *supra*, EU:T:2010:153, apartado 40, y Forma de un bolso de mano, citada en el apartado 66 *supra*, EU:T:2013:148, apartado 76).

68 Además, en el caso de marcas no denominativas, como la que es objeto de este asunto, debe presumirse que la apreciación de su carácter distintivo es la misma en toda la Unión, a menos que existan indicios concretos en sentido contrario. Dado que, en el presente asunto, no se deduce del examen del primer motivo y de los autos que así suceda, debe considerarse que el motivo de denegación absoluto previsto en el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 207/2009 existe, respecto a la marca solicitada, en toda la Unión. Por tanto, esa marca tiene que haber adquirido un carácter distintivo por el uso en toda la Unión para que sea registrable en virtud del artículo 7, apartado 3, del mismo Reglamento [véase la sentencia de 12 de septiembre de 2007, Glaverbel/OAMI (Textura de una superficie de vidrio), T-141/06, EU:T:2007:273, apartado 36 y jurisprudencia citada].

69 También resulta de la jurisprudencia que la adquisición de un carácter distintivo por el uso de la marca exige que al menos una parte significativa del público pertinente identifique gracias a la marca los productos o los servicios en cuestión como procedentes de una empresa determinada. Sin embargo, las circunstancias en que puede considerarse cumplido el requisito ligado a la adquisición de carácter distintivo por el uso no se pueden determinar únicamente en función de datos generales y abstractos, como son porcentajes específicos (sentencias Representación de un segmento de un mandril, citada en el apartado 66 *supra*, EU:T:2010:153, apartado 39, y Forma de un bolso de mano, citada en el apartado 66 *supra*, EU:T:2013:148, apartado 75).

70 Además, para apreciar la adquisición, en un caso concreto, del carácter distintivo de la marca deben tomarse en consideración factores como la cuota de mercado de la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso de esta marca, la importancia de las inversiones hechas por la empresa para promocionarla, la proporción de los sectores interesados que identifica el producto atribuyéndole una procedencia empresarial determinada gracias a la marca, así como las declaraciones de cámaras de comercio e industria o de otras asociaciones profesionales. Si, en vista de tales elementos, los sectores interesados, o al menos una parte significativa de éstos, identifican, gracias a la marca, el producto atribuyéndole una procedencia empresarial determinada, debe llegarse a la conclusión de que se cumple el requisito establecido para el registro de la marca por el artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 207/2009 (sentencias Representación de un segmento de un mandril, citada en el apartado 66 *supra*, EU:T:2010:153, apartado 41, y Forma de un bolso de mano, citada en el apartado 66 *supra*, EU:T:2013:148, apartado 77).

71 Según la jurisprudencia, el carácter distintivo de una marca, incluido el adquirido por el uso, debe apreciarse también en relación con los productos o servicios para los que se solicita el registro de la marca, tomando en consideración la percepción, de la categoría de productos o servicios de que se trata, que se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (sentencias Representación de un segmento de un mandril, citada en el apartado 66 *supra*, EU:T:2010:153, apartado 42, y Forma de un bolso de mano, citada en el apartado 66 *supra*, EU:T:2013:148, apartado 78).

72 Por último, de la jurisprudencia resulta que la prueba del carácter distintivo adquirido por el uso no puede efectuarse mediante la mera presentación de los volúmenes de venta y del material publicitario. El solo hecho de que el signo se haya utilizado en el territorio de la Unión desde cierto tiempo tampoco basta para demostrar que el público al que se dirigen los productos considerados perciba ese signo como una indicación del origen comercial (véase, en este sentido, la sentencia Textura de una superficie de vidrio, citada en el apartado 68 *supra*, EU:T:2007:273, apartados 41 y 42).

73 Procede examinar a la luz de esas consideraciones si, en el presente asunto, la Sala de Recurso cometió un error al estimar que la marca solicitada no había adquirido un carácter distintivo por el uso que se había hecho de ella, como prevé el artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 207/2009.

74 Es preciso observar previamente que las dudas manifestadas por la Sala de Recurso sobre la fiabilidad de las encuestas no son fundadas. En efecto, de los autos se deduce que las personas preguntadas sólo vieron una imagen que mostraba una de las botellas referidas, y no imágenes de las dos botellas, como había apreciado la Sala de Recurso. De igual modo, esa Sala concluyó erróneamente que las cifras relativas a los porcentajes eran inexactas. También se deben considerar infundadas las dudas que expresó la Sala de Recurso acerca de la persona responsable de la realización de las encuestas. Por lo demás, la OAMI no refuta estos extremos.

75 Sin embargo, de la resolución impugnada resulta que la Sala de Recurso, pese a su errónea apreciación de las deficiencias descritas en el anterior apartado 16, que supuestamente viciaban esas encuestas, no excluyó éstas como medios de prueba, sino que las examinó para determinar si demostraban que la marca solicitada había adquirido un carácter distintivo en los diez Estados miembros en los que se habían realizado. En efecto, de los apartados 51 y 52 de la resolución impugnada resulta que la Sala de Recurso constató que las encuestas abarcaban menos de la mitad de los Estados miembros y que las apreció junto con los otros medios de prueba presentados por la demandante. De ello se sigue que los errores cometidos por la Sala de Recurso acerca de la fiabilidad de las encuestas no pueden afectar a la validez de la resolución impugnada.

76 Hay que señalar a continuación que, tal como alega la demandante, una marca tridimensional puede adquirir un carácter distintivo por el uso, incluso si se utiliza junto con una marca denominativa o una marca figurativa. Basta que, como consecuencia de dicho uso, los medios interesados perciban efectivamente que el producto o el servicio, designado únicamente por la marca cuyo registro se solicita, procede de una empresa determinada (sentencia Nestlé, citada en el apartado 60 *supra*, EU:C:2005:432, apartado 30). En este sentido, el Tribunal observa que, a diferencia de la marca objeto del asunto que dio lugar a la sentencia Nestlé, citada en el apartado 60 *supra* (EU:C:2005:432), la marca solicitada no es claramente diferenciable de la marca de la que se supone que forma parte. En el presente asunto no cabe determinar de modo evidente, con fundamento en las pruebas aportadas por la demandante y en particular el material publicitario, si la botella que figura en ellas es una representación de la botella curvada con estrías o si se trata de la marca solicitada. Lo mismo sucede con los medios de prueba en los que se representan botellas curvadas sin estrías. En efecto, la marca solicitada no se utiliza en combinación con la marca de la que se supone que forma parte, sino que la absorbe o, a la inversa, es absorbida por ésta, ya que se superponen las siluetas de la marca solicitada y de la marca de que se supone que forma parte. En estas circunstancias, es preciso verificar si los medios de prueba demuestran que, a los ojos del público pertinente, la marca solicitada puede ser reconocida como indicadora del origen comercial de los productos en cuestión.

77 En lo que concierne al territorio en el que debe demostrarse el uso, hay que recordar que, conforme al artículo 1, apartado 2, del Reglamento nº 207/2009, la marca comunitaria tiene un carácter unitario, lo que implica que produce los mismos efectos en toda la Unión. Del carácter unitario de la marca comunitaria resulta que, para que se admita su registro, un signo debe poseer un carácter distintivo en el conjunto de la Unión. De este modo, a tenor del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 207/2009, en relación con el apartado 2 del mismo artículo, debe denegarse el registro de una marca si carece de carácter distintivo en una parte de la Unión, y la parte de la Unión a la que se refiere el apartado 2 de ese artículo puede estar constituida, en su caso, por un solo Estado miembro [véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de junio de 2006, Storck/OAMI, C-25/05 P, Rec, EU:C:2006:422, apartados 81 a 83, y de 29 de septiembre de 2010, CNH Global/OAMI (Representación de un tractor en rojo, negro y gris), T-378/07, Rec, EU:T:2010:413, apartado 45 y la jurisprudencia citada].

78 El artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 207/2009, que permite el registro de los signos que hayan adquirido carácter distintivo como consecuencia del uso, debe entenderse a la luz de esta exigencia. Según la jurisprudencia citada en el anterior apartado 66, es necesario acreditar la adquisición de un carácter distintivo por el uso en todo el territorio en el que la marca carezca de dicho carácter. No obstante, sería excesivo exigir que se aportara la prueba de la adquisición del carácter distintivo por el

uso, al que se refiere la jurisprudencia citada en los anteriores apartados 66 a 68, en cada uno de los Estados miembros considerado individualmente (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de mayo de 2012, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/OAMI, C-98/11 P, Rec, EU:C:2012:307, apartado 62).

79 Por tanto, es preciso comprobar si, a la luz de la jurisprudencia citada en los anteriores apartados 66 a 68, la demandante ha logrado demostrar que el signo referido había adquirido, antes de que ésta presentara la solicitud de registro, un carácter distintivo por el uso en la totalidad de la Unión ante una parte significativa del público pertinente. Para ello, la demandante tuvo ocasión de presentar ante la OAMI diferentes medios de prueba, en particular los indicados en el anterior apartado 58.

80 En primer término, hay que apreciar que la Sala de Recurso constató válidamente en el apartado 51 de la resolución impugnada que las encuestas invocadas por la demandante no permitían probar que la marca solicitada hubiera adquirido un carácter distintivo en toda la Unión para una parte significativa del público pertinente. En efecto, las encuestas se realizaron en diez Estados miembros de la Unión, que son Dinamarca, Alemania, Estonia, Grecia, España, Francia, Italia, Polonia, Portugal y el Reino Unido, mientras que la Unión contaba con 27 Estados miembros en la fecha de presentación de la solicitud de registro. Es verdad que las referidas encuestas concluyen que la marca solicitada había adquirido un carácter distintivo en los diez Estados miembros en los que se realizaron, con un porcentaje de reconocimiento obtenido entre el 48 % (Polonia) y el 79 % (España), pero no acreditan que así sucediera también en los otros 17 Estados miembros. En efecto, el resultado de esas encuestas no se puede extrapolar a los 17 Estados miembros en los que no se realizaron encuestas. En este sentido, se ha de observar, en relación especialmente con los países que llegaron a ser miembros de la Unión después de 2004, que las encuestas apenas dan información alguna sobre la percepción del público pertinente en esos Estados miembros. Aunque se llevaron a cabo encuestas en Polonia y en Estonia, nada permite extrapolar las conclusiones sobre esos dos países a los otros Estados miembros que se convirtieron en miembros de la Unión después de 2004. Por otra parte, la demandante no ha demostrado que ciertos mercados de los Estados miembros comprendidos en las encuestas sean comparables a otros y que los resultados de esas encuestas pudieran aplicarse por extrapolación a éstos, y no corresponde al Tribunal hacer suposiciones en ese sentido.

81 Por cuanto precede, hay que concluir que las encuestas no demuestran de modo suficiente, por sí solas, que la marca solicitada haya adquirido un carácter distintivo por el uso en toda la Unión para una parte significativa del público pertinente.

82 En segundo término, respecto a las inversiones realizadas en la publicidad y en la comunicación, de la jurisprudencia resulta que la importancia de las inversiones hechas por una empresa para promover una marca puede considerarse para determinar si ésta ha podido adquirir un carácter distintivo por el uso. No obstante, en el presente asunto, es preciso constatar que las cifras presentadas a este respecto no guardan relación específica con la marca solicitada. En efecto, según la declaración jurada del asesor en marketing de la filial de la demandante en Francia, las cifras presentadas conciernen únicamente a las bebidas Coca-Cola, Coca-Cola Light y Coca-Cola Zero, sin precisar de qué envase se trata. No es posible, por tanto, deducir de esos datos conclusiones acerca de la percepción de la marca solicitada por el público pertinente.

83 En tercer término, se debe observar ante todo que las cifras de venta y el material publicitario sólo pueden considerarse como pruebas secundarias que podrían corroborar, en su caso, las pruebas directas del carácter distintivo adquirido por el uso, según las exponen las encuestas presentadas por la demandante.

84 En efecto, las cifras de ventas y el material publicitario, por sí mismos, no demuestran que el público al que se dirigen los productos de que se trata perciba la marca solicitada como una indicación de origen comercial. En ese sentido, en principio, la prueba del carácter distintivo adquirido por el uso en los

Estados miembros sobre los que no se ha aportado ninguna encuesta no puede derivar únicamente de la presentación de las cifras de ventas y el material publicitario. Así sucede, en especial, en las circunstancias de este asunto, dado que se advierte que las cifras de venta expuestas no son fiables.

85 A este respecto, incluso si no hay duda de que las cifras de venta demuestran que la demandante ha vendido grandes cantidades de bebidas en la Unión, es preciso constatar que esos medios de prueba muestran discordancias, como reconoció la demandante en la vista. A modo de ejemplo, se ha de observar que las cifras de venta en Bélgica y Luxemburgo, que suman conjuntamente una población de unos 12 millones de habitantes, son casi iguales a las de Alemania, que cuenta con una población de cerca de 80 millones de habitantes. Igualmente, las cifras de venta registradas en Lituania, con una población de unos 3 millones de habitantes, duplican las cifras de venta alcanzadas en Polonia, país que cuenta con unos 38 millones de habitantes. Por otro lado, la cifra de venta se duplicó en Letonia entre 2009 y 2010. La demandante, que confirmó esas discordancias en la vista, no pudo explicarlas. Como conclusión, hay apreciar que esos medios de prueba carecen de fuerza probatoria.

86 Además, no cabe deducir de los datos presentados por la demandante, incluso a la luz de la declaración jurada del asesor en marketing de la filial de la demandante en Francia, que las cifras de venta correspondan específicamente a la marca solicitada. En efecto, en esa declaración jurada, se manifiesta que las cifras de venta guardan relación con las «botellas curvadas» sin precisar si se trata de la marca solicitada, de la botella curvada con estrías, o de ambas. No es posible, por tanto, deducir conclusión alguna acerca de la percepción de la marca solicitada por el público pertinente.

87 Por consiguiente, la Sala de Recurso concluyó fundadamente, en el apartado 57 de la resolución impugnada, que esos medios de prueba eran insuficientes y poco convincentes respecto a la verdadera percepción de la marca solicitada.

88 En cuanto a los medios de prueba que contienen fotos, artículos y extractos de Internet para demostrar que la marca solicitada se había utilizado en la comunicación comercial, en publicaciones en Internet, y en el «Pop Art», así como en publicaciones de terceros y en otros medios de comunicación, se debe apreciar que la Sala de Recurso concluyó válidamente que la casi totalidad de esos medios no tenía relación con la marca solicitada. En efecto, a partir de esos medios no se puede determinar con certeza si la botella que figura en ellos es una representación de la botella curvada con estrías o si se trata de la marca solicitada. De igual modo, los documentos relacionados con el historial de las bebidas no alcohólicas de la demandante sólo muestran imágenes de la botella curvada con estrías. Además, la apreciación de la Sala de Recurso según la cual la mayor parte de esos documentos contienen imágenes tomadas fuera de la Unión (en particular, en los Estados Unidos) o en lugares desconocidos debe ser confirmada. Por consiguiente, tampoco esos documentos pueden mostrar la adquisición de un carácter distintivo en la Unión.

89 Es preciso observar, además, que la demandante no ha aportado casi ninguna prueba de la adquisición de un carácter distintivo en relación con los productos en cuestión que no sean bebidas no alcohólicas, concretamente, todos los demás productos comprendidos en la clase 32 y los productos comprendidos en las clases 6 y 21 de la clasificación de Niza, lo que la demandante confirmó, por lo demás, en la vista.

90 Por lo que precede, ninguno de los medios de prueba examinado por separado basta para demostrar que la marca solicitada haya adquirido un carácter distintivo por su uso. De igual modo, el examen conjunto de los medios de prueba tampoco permite apreciar que así haya ocurrido. En este sentido, es oportuno recordar que las encuestas sólo abarcan una parte de la Unión y que los otros medios de prueba aportados por la demandante en el procedimiento administrativo ante la OAMI no permiten compensar esa insuficiencia, a causa de sus imprecisiones y discordancias.

91 Puesto que ninguno de los motivos aducidos por la demandante es fundado, se debe desestimar el recurso en su totalidad.

Costas

92 A tenor del artículo 134, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

93 Por haber sido desestimadas las pretensiones de la demandante, procede condenarla en costas, conforme a lo solicitado por la OAMI.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava)

decide:

1) Desestimar el recurso.

2) Condenar en costas a The Coca-Cola Company.

Gratsias Kancheva Wetter

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 24 de febrero de 2016.

Firmas