HOTĂRÂREA TRIBUNALULUI (Camera întâi)

29 septembrie 2009 *

În cauza T-139/08,

The Smiley Company SPRL, cu sediul în Bruxelles (Belgia), reprezentată de A. Deutsch, avocat,

reclamantă,

împotriva

Oficiului pentru Armonizare în cadrul Pieței Interne (mărci, desene și modele industriale) (OAPI), reprezentat de domnul J. Crespo Carrillo, în calitate de agent,

pârât,

având ca obiect o acțiune introdusă împotriva Deciziei Camerei a patra de recurs a OAPI din 7 februarie 2008 (R 958/2007-4) privind înregistrarea internațională care desemnează Comunitatea Europeană a mărcii figurative care reprezintă jumătatea unui zâmbet sub formă de smiley,

* Limba de procedură: engleza.

TRIBUNALUL DE PRIMĂ INSTANȚĂ
AL COMUNITĂȚILOR EUROPENE (Camera întâi),

compus din doamna V. Tiili, președinte, domnul F. Dehousse și doamna I. Wiszniewska-Białecka (raportor), judecători,

grefier: doamna K. Pocheć, administrator,

având în vedere cererea depusă la grefa Tribunalului la 11 aprilie 2008,

având în vedere întâmpinarea depusă la grefa Tribunalului la 31 iulie 2008,

având în vedere întrebarea scrisă adresată de Tribunal părților,

având în vedere observațiile depuse de părți la grefa Tribunalului la 8, 15 și 30 aprilie 2009,

având în vedere Ordonanța din 4 iunie 2009 prin care s-a autorizat o substituire de părți,

în urma ședinței din 10 iunie 2009,

pronunță prezenta

Hotărâre

Istoricul cauzei

1 La 14 aprilie 2006, domnul Franklin Loufrani a obținut pentru marca figurativă reprodusă mai jos (denumită în continuare „marca în discuție”) o înregistrare internațională care desemnează Comunitatea Europeană:



2 Oficiul pentru Armonizare în cadrul Pieței Interne (mărci, desene și modele industriale) (OAPI) a primit notificarea înregistrării internaționale a mărcii în discuție la 14 septembrie 2006.

3 Produsele pentru care este revendicată protecția acestei mărci în Comunitate sunt din clasele 14, 18 și 25, în sensul Aranjamentului de la Nisa privind clasificarea internațională a produselor si serviciilor în vederea înregistrării mărcilor din 15 iunie 1957, astfel cum a fost revizuit și modificat, și corespund, pentru fiecare dintre aceste clase, descrierii următoare:

— clasa 14: „Metale prețioase și aliajele lor altele decât cele pentru uz dentar, bijuterii, pietre prețioase, ceasuri și instrumente de măsurare a timpului, argintărie (veselă), obiecte de artă din metale prețioase, cutii, truse și casete din metale prețioase, brățări (bijuterii), broșe (bijuterii), cadrane solare, scrumiere pentru fumători (din metale prețioase), lanțuri (bijuterii), ornamente pentru pălării (din metale prețioase), cronografe (ceasuri), cronometre, portchei de fantezie, coliere (bijuterii), ace de cravată, recipiente de bucătărie și menaj, ustensile de bucătărie și de menaj din metale prețioase, ace (bijuterii), ceasuri, insigne din metale prețioase, butoni de manșete, medalii, portmonee din metale prețioase, ceasuri de mână, brățări de ceas, orfevrărie (cu excepția cuțitelor, a furculițelor și a lingurilor), podoabe (bijuterii), pendule (ceasornicărie), suporturi pentru șervețele, din metale prețioase, ceasuri deșteptătoare, servicii (veselă) din metale prețioase, urne din metale prețioase, vaze sacre din metale prețioase”;

— clasa 18: „Geamantane și valize, umbrele și bastoane, bice și articole de șelărie, zgărzi și lese pentru animale, cutii din piele sau din imitație de piele, portmonee, scaune-baston, ghiozdane, portcarduri (portofele), cutii din piele pentru pălării, etuiuri pentru chei (marochinărie), casete pentru articole de toaletă numite «vanity cases», mape pentru documente, genți pentru școlari, sacoșe pentru provizii, îmbrăcăminte pentru animale, genți, portmonee (nu din metale prețioase), parasolare, portofele, rucsacuri pentru transportat copii, rucsacuri, poșete, saci de plajă, saci de voiaj, săculeți din piele pentru ambalaj, huse pentru îmbrăcăminte (pentru voiaj), serviete (marochinărie), truse de voiaj (marochinărie)”;

— clasa 25: „Îmbrăcăminte (articole de îmbrăcăminte), încălțăminte (cu excepția încălțămintei ortopedice), costume de baie, halate de baie, bavete cu excepția celor din hârtie, berete, galanterie, cizme, bretele, chiloți, caschete, centuri (îmbrăcăminte), pălării, încălțăminte de sport, costume de bal mascat, scutece-chilot, bentițe de protecție pentru urechi (articole de îmbrăcăminte), cravate, eșarfe,

fulare, mănuși (articole de îmbrăcăminte), garnituri de scutece, papuci, tălpi, lenjerie de corp, șorțuri (îmbrăcăminte), îmbrăcăminte de sport".

4 La 1 februarie 2007, OAPI a notificat un refuz provizoriu *ex officio* de protecție a mărcii în discuție în Comunitate, în conformitate cu articolul 5 din Aranjamentul de la Madrid referitor la înregistrarea internațională a mărcilor, adoptat la Madrid la 27 iunie 1989 (JO 2003, L 296, p. 22, Ediție specială, 17/vol. 2, p. 16), și în conformitate cu norma 113 din Regulamentul (CE) nr. 2868/95 al Comisiei din 13 decembrie 1995 de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 40/94 al Consiliului privind marca comunitară (JO L 303, p. 1, Ediție specială, 17/vol. 1, p. 189), cu modificările ulterioare, pentru toate produsele acoperite de înregistrarea internațională care desemnează Comunitatea. Motivul invocat era lipsa caracterului distinctiv al mărcii în discuție în sensul articolului 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul (CE) nr. 40/94 al Consiliului din 20 decembrie 1993 privind marca comunitară (JO 1994, L 11, p. 1, Ediție specială, 17/vol. 1, p. 146), cu modificările ulterioare [devenit articolul 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul (CE) nr. 207/2009 al Consiliului din 26 februarie 2009 privind marca comunitară (JO L 78, p. 1)].

5 În lipsa unui răspuns la această notificare în termenul prevăzut, prin decizia din 23 aprilie 2007, examinatorul a refuzat protecția mărcii în discuție în Comunitate pentru toate produsele acoperite de înregistrarea internațională care desemnează Comunitatea, pentru motivul că marca în discuție este lipsită de caracter distinctiv în sensul articolului 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94.

6 La 22 iunie 2007, domnul Loufrani a formulat recurs la OAPI împotriva acestei decizii, în temeiul articolelor 57-62 din Regulamentul nr. 40/94 (devenite articolele 58-64 din Regulamentul nr. 207/2009).

7 Prin decizia din 7 februarie 2008 (denumită în continuare „decizia atacată"), Camera a patra de recurs a OAPI a respins recursul. Camera de recurs a considerat că produsele pentru care era revendicată protecția erau produse de consum curent, că publicul relevant era publicul larg din Comunitate și că acesta, având în vedere că este vorba despre „produse de bijuterie, de marochinărie, vestimentare și alte produse similare" ar manifesta un grad de atenție relativ ridicat la alegerea produselor menționate. În ceea ce

privește marca în discuție, pe de o parte, camera de recurs a confirmat aprecierea examinatorului, potrivit căreia era vorba despre un motiv foarte simplu și banal, având o funcție exclusiv decorativă și care nu ar fi reținut de către publicul relevant ca semn distinctiv. Pe de altă parte, camera de recurs a înlăturat ca fiind neconcludente exemplele de mărci înregistrate invocate în susținerea recursului. Având în vedere aceste elemente, camera de recurs a constatat că marca în discuție este lipsită de caracter distinctiv în sensul articolului 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94 și că, în consecință, protecția mărcii în discuție în Comunitate trebuie refuzată.

8 În urma unui transfer al înregistrării internaționale a mărcii în discuție, s-a admis ca reclamanta, The Smiley Company SPRL, să îl substituie pe domnul Loufrani în cadrul prezentei proceduri.

Concluziile părților

9 Reclamanta solicită Tribunalului:

— anularea deciziei atacate;

— obligarea OAPI la plata cheltuielilor de judecată.

10 OAPI solicită Tribunalului:

— respingerea acțiunii;

— obligarea reclamantei la plata cheltuielilor de judecată.

În drept

11 Reclamanta invocă un singur motiv, întemeiat pe încălcarea articolului 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94. Aceasta arată, în esență, că publicul relevant este compus din consumatori medii dintre care anumiți consumatori ar manifesta un grad de atenție deosebit de ridicat, cel puțin cu privire la o parte din produsele în discuție, și că acesta are obiceiul de a percepe ca indicație de origine numeroase semne asemănătoare mărcii în discuție. În plus, marca în discuție ar fi utilizată deja ca indicație de origine comercială a anumite produse și ar avea caracteristici suficient de specifice pentru a se considera că are caracterul distinctiv minim necesar protecției sale în Comunitate.

12 OAPI contestă argumentarea reclamantei.

13 În temeiul articolului 146 alineatul (1) din Regulamentul nr. 40/94 [devenit articolul 151 alineatul (1) din Regulamentul nr. 207/2009], orice înregistrare internațională care desemnează Comunitatea produce, de la data înregistrării prevăzută la articolul 3 alineatul (4) din Protocolul de la Madrid, aceleași efecte ca și o cerere de marcă comunitară. Articolul 149 alineatul (1) din Regulamentul nr. 40/94 [devenit articolul 154 alineatul (1) din Regulamentul nr. 207/2009] prevede că orice înregistrare

internațională care desemnează Comunitatea Europeană face obiectul unei examinări a motivelor absolute de respingere, urmând aceeași procedură ca și pentru cererile de marcă comunitară.

14 În temeiul articolului 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94, este refuzată înregistrarea mărcilor care sunt lipsite de caracter distinctiv. Potrivit unei jurisprudențe constante, mărcile prevăzute la articolul 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94 sunt cele care sunt considerate inapte să îndeplinească funcția esențială a mărcii, și anume aceea de a identifica originea comercială a produsului sau a serviciului în cauză, pentru a permite astfel consumatorului care achiziționează produsul sau serviciul desemnat de marcă să facă aceeași alegere cu ocazia unei achiziții ulterioare, dacă experiența se dovedește pozitivă, sau să facă altă alegere, dacă aceasta se dovedește negativă [Hotărârea Tribunalului din 27 februarie 2002, Eurocool Logistik/OAPI (EUROCOOL), T-34/00, Rec., p. II-683, punctul 37, și Hotărârea Tribunalului din 5 mai 2009, Rotter/OAPI (Forma unei condiționări grupate a cârnaților), T-449/07, Rep., p. II-1071, punctul 18].

15 Caracterul distinctiv al unei mărci trebuie apreciat, pe de o parte, în raport cu produsele sau cu serviciile pentru care se solicită înregistrarea ori protecția mărcii și, pe de altă parte, în raport cu percepția pe care o are asupra acestora publicul relevant, care este constituit din consumatorii medii ai acestor produse sau servicii [Hotărârea Tribunalului din 7 februarie 2002, Mag Instrument/OAPI (Formă de lanterne de buzunar), T-88/00, Rec., p. II-467, punctul 30, și Hotărârea Forma unei condiționări grupate a cârnaților, punctul 14 de mai sus, punctul 19].

16 Un caracter distinctiv minim este totuși suficient pentru ca motivul absolut de refuz prevăzut la articolul 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94 să nu fie aplicabil [Hotărârea Tribunalului din 19 septembrie 2001, Henkel/OAPI (Tabletă rotundă roșu cu alb), T-337/99, Rec., p. II-2597, punctul 44, și Hotărârea din 20 mai 2009, CFCMCEE/OAPI (P@YWEB CARD și PAYWEB CARD), T-405/07 și T-406/07, Rep., p. II-1441, punctul 57].

17 În speță, protecția mărcii în discuție în Comunitate a fost refuzată cu privire la toate produsele pentru care a fost revendicată această protecție. În esență, este vorba despre metale prețioase, produse din metale prețioase, despre produse de bijuterie și despre produse de ceasornicărie, toate din clasa 14, despre genți și produse de marochinărie, care fac parte din clasa 18 și despre articole de îmbrăcăminte și accesorii vestimentare din clasa 25. Având în vedere că aceste produse sunt destinate, în esență, publicului larg, camera de recurs a considerat în mod întemeiat că publicul relevant era publicul larg din Comunitate. De altfel, acest aspect nu este contestat de reclamantă.

18 Perceperea mărcii de către publicul relevant este însă influențată de nivelul de atenție al consumatorului mediu, care poate varia în funcție de categoria de produse sau de servicii în cauză [Hotărârea Tribunalului Tabletă rotundă roșu cu alb, punctul 16 de mai sus, punctul 48, și Hotărârea Tribunalului din 12 septembrie 2007, Neumann/OAPI (Forma unui cap de microfon), T-358/04, Rec. p. II-3329, punctul 40].

19 În speță, chiar dacă alegerea produselor în discuție de către publicul relevant ar putea face obiectul unei atenții relativ ridicate, precum a arătat camera de recurs, nu se poate însă considera, astfel cum susține reclamanta, că publicul relevant ar manifesta un grad de atenție deosebit de ridicat chiar și față de o parte din produsele în discuție. Astfel, deși se poate considera că aceste produse aparțin în mod efectiv sectorului modei în sens larg și se poate admite că un consumator mediu acordă o anumită atenție aspectului său și că, prin urmare, acesta poate aprecia stilul, calitatea, finisarea și prețul acestor produse atunci când le cumpără, nu rezultă din descrierea produselor în cauză că este vorba despre produse de lux sau despre produse cu un asemenea grad de sofisticare sau la un astfel de preț, încât publicul relevant ar putea fi deosebit de atent în privința lor.

20 Prin urmare, este necesar să se aprecieze caracterul distinctiv al mărcii în discuție pentru totalitatea produselor pentru care este revendicată protecția, ținând seama de așteptările prezumate ale consumatorului mediu, care nu dă dovadă de o atenție deosebit de mare.

21 Marca în discuție este constituită dintr-o linie curbă și ascendentă, comparabilă cu un sfert de cerc, sub care, în mijloc, figurează o liniuță verticală și care se termină în extremitatea sa dreaptă printr-o a doua linie scurtă aproape perpendiculară pe prima linie. O formă ușor triunghiulară marchează intersecția celor două linii principale. Aceste elemente diferite formează un tot.

22 În cursul ședinței, reclamanta a arătat că liniuța verticală care figurează sub curba ascendentă a mărcii în discuție nu face parte din aceasta din urmă, ci rezultă dintr-o calitate proastă a imprimării, de care Tribunalul a luat act. OAPI a invocat totuși inadmisibilitatea acestui argument pentru motivul că ar modifica obiectului litigiului care s-a aflat pe rolul camerei de recurs, cu încălcarea articolului 135 alineatul (4) din Regulamentul de procedură al Tribunalului, aspect de care Tribunalul a luat de asemenea act.

23 Din dosarul procedurii desfășurate în fața OAPI rezultă că examinatorul a descris marca în discuție ca „o linie neagră ascendentă care se termină sus în dreapta printr-o liniuță scurtă și perpendiculară pe această linie” și că, în memoriul cuprinzând motivele recursului formulat la camera de recurs, domnul Loufrani a indicat că „trebuia să se atragă atenția asupra liniuței verticale care se situează sub curbă […], element pe care examinatorul nu îl menționează”. În consecință, la cererea expresă a domnului Loufrani, camera de recurs a considerat că această liniuță face parte din marca în discuție.

24 Or, potrivit jurisprudenței, din articolul 63 din Regulamentul nr. 40/94 (devenit articolul 65 din Regulamentul nr. 207/2009) și din articolul 135 alineatul (4) din Regulamentul de procedură rezultă că un reclamant nu are dreptul să modifice termenii litigiului în fața Tribunalului, astfel cum rezultau din cererile și din susținerile formulate în fața OAPI. În consecință, un argument invocat pentru prima dată în cursul ședinței desfășurate la Tribunal și care are un astfel de efect trebuie respins ca inadmisibil (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 26 aprilie 2007, Alcon/OAPI, C-412/05 P, Rep., p. I-3569, punctele 43-45 și jurisprudența citată).

25 În speță, argumentul prezentat de reclamantă cu ocazia ședinței are ca efect modificarea mărcii pentru care aceasta revendică protecția în Comunitate și față de care s-a pronunțat camera de recurs. Astfel cum a arătat OAPI, acest argument modifică obiectul litigiului care s-a aflat pe rolul camerei de recurs, astfel cum rezulta din cererile prezentate în fața OAPI. Prin urmare, este necesar să se respingă acest argument ca inadmisibil și să se considere că liniuța verticală face parte din marca în discuție.

26 În ceea ce privește caracterul distinctiv al acestei mărci, trebuie amintit că, potrivit jurisprudenței, un semn de o simplitate excesivă și constituit dintr-o figură geometrică de bază, precum un cerc, o linie, un dreptunghi sau un pentagon obișnuit, nu poate, ca atare, să transmită un mesaj de care consumatorii își pot aminti, astfel încât aceștia din urmă nu îl consideră drept marcă, cu excepția cazului în care a dobândit un caracter distinctiv prin utilizare [Hotărârea Tribunalului din 12 septembrie 2007, Cain Cellars/OAPI (Reprezentarea unui pentagon), T-304/05, nepublicată în Repertoriu, punctul 22].

27 Astfel, constatarea caracterului distinctiv al unei mărci în sensul articolului 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94 nu este condiționată de constatarea unui anumit grad de creativitate sau de imaginație lingvistică ori artistică din partea titularului mărcii. Este suficient ca marca să permită publicului relevant să identifice originea produselor sau a serviciilor pe care le vizează și să le poată distinge de cele ale altor întreprinderi [Hotărârea Curții din 16 septembrie 2004, SAT.1/OAPI, C-329/02 P, Rec., p. I-8317, punctul 41, și Hotărârea Tribunalului din 29 aprilie 2009, Borco-Marken-Import Matthiesen/OAPI (α), T-23/07, Rep., p. II-861, punctul 43].

28 În speță, este cert că marca în discuție nu reprezintă o figură geometrică. Totuși, părțile se contrazic cu privire la gradul de simplitate și, în consecință, cu privire la caracterul distinctiv al acestei mărci, reclamanta arătând, în esență, că marca în discuție constă într-o „combinație destul de complexă de două linii […] care seamănă puțin cu litera «t»” și că aceasta ar fi, așadar, distinctivă.

29 În această privință, în primul rând, trebuie să se arate că, spre deosebire de cele indicate de reclamantă, camera de recurs nu a ignorat liniuța care figurează în extremitatea dreaptă a curbei și faptul că aceasta ar permite mărcii în discuție să dea o impresie diferită de cea a unei simple linii curbe. Din decizia atacată rezultă că, în primul rând, camera de recurs și-a însușit în mod implicit descrierea mărcii în discuție, efectuată de examinator, amintită la punctul 23 de mai sus, pe care a completat-o ulterior în conformitate cu ceea ce era indicat în motivele recursului formulat în fața camerei de recurs, subliniind existența „liniuței orientate în jos, [care] apare la mijlocul curbei", și că respectiva cameră de recurs a constatat că această liniuță nu modifica percepția mărcii în discuție ca fiind „un motiv foarte simplu și banal, având o funcție exclusiv decorativă, iar nu de indicație a originii comerciale a produselor".

30 În al doilea rând, în mod cert, reclamanta poate susține în mod întemeiat că faptul că o marcă îndeplinește o funcție decorativă sau ornamentală nu are incidență asupra aprecierii caracterului său distinctiv. Cu toate acestea, un semn care îndeplinește alte funcții decât cele ale unei mărci în sens clasic nu este distinctiv în sensul articolului 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94 decât dacă poate fi perceput de la bun început ca o indicație a originii comerciale a produselor sau a serviciilor vizate pentru a permite publicului relevant să distingă, fără vreo posibilitate de confuzie, produsele sau serviciile titularului mărcii de cele care au o altă proveniență comercială [Hotărârea Tribunalului din 5 decembrie 2002, Sykes Enterprises/OAPI (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), T-130/01, Rec., p. II-5179, punctul 20, și Hotărârea Tribunalului din 15 septembrie 2005, Citicorp/OAPI (LIVE RICHLY), T-320/03, Rec., p. II-3411, punctul 66]. Prin urmare, este necesar ca acest semn, chiar dacă este decorativ, să aibă un caracter distinctiv minim.

31 Or, marca în discuție nu prezintă niciun aspect care să poate fi memorat cu ușurință și cu rapiditate de către publicul relevant, chiar relativ atent, care i-ar permite să fie înțeles imediat ca o indicație a originii comerciale a produselor în discuție. Astfel cum a arătat în mod corect camera de recurs, aceasta va fi percepută exclusiv ca un element decorativ atât în ceea ce privește produsele din clasa 14, cât și în ceea ce privește produsele din clasele 18 și 25. Prin urmare, marca în discuție nu va permite individualizarea niciunuia dintre produsele în cauză în raport cu produsele concurente.

32 Faptul că publicul relevant este obișnuit să perceapă ca mărci semne figurative simple compuse din benzi sau dungi ori faptul că numeroși fabricanți au înregistrat astfel de mărci pentru a desemna produse din clasa 25 nu permite repunerea în discuție a acestei constatări.

33 Contrar celor susținute de reclamantă, camera de recurs nu a afirmat că publicul relevant (în special consumatorii de produse din clasa 25) nu avea obiceiul să perceapă semnele din benzi simple ca semne distinctive. Aceasta nu a afirmat nici că consumatorii nu acordau atenție acestor semne din benzi pentru a distinge produsele. Din decizia atacată rezultă că respectiva cameră de recurs s-a mulțumit să observe că exemplele prezentate în fața sa nu erau convingătoare pentru că era vorba despre mărci diferite și mai complexe decât marca în discuție.

34 Această poziție a camerei de recurs trebuie aprobată. În primul rând, în speță este vorba despre a determina dacă marca în discuție, prin ea însăși, are capacitatea de a fi percepută de publicul relevant ca o indicație care îi permite să identifice originea comercială a produselor în discuție fără posibilitate de confuzie cu cele care au o altă proveniență. Astfel, simplul fapt că alte mărci, chiar dacă ar fi de asemenea simple, au fost considerate ca având această capacitate și, prin urmare, nefiind lipsite de orice caracter distinctiv, nu este concludent pentru a determina dacă marca în discuție posedă de asemenea caracterul distinctiv minim necesar pentru a putea fi protejată în Comunitate.

35 În al doilea rând, presupunând că argumentarea reclamantei este admisibilă în întregime, întrucât anumite mărci au fost invocate pentru prima dată în fața Tribunalului, trebuie să se admită că numeroase mărci la care face trimitere reclamanta sunt simple. Cu toate acestea, ele nu sunt toate compuse numai din linii sau liniuțe simple, precum marca în discuție, ci fie din forme identificabile și care au o anumită suprafață (plină sau delimitată prin conturul lor), ca de exemplu benzi, paralelipipede, virgule, litere stilizate, fie din combinații de astfel de forme. Astfel, camera de recurs a arătat în mod corect că mărcile invocate în fața sa constau în desene care produc o impresie globală de suprafață. Nu aceasta este situația în ceea ce privește marca în discuție. Prin urmare, afirmația reclamantei, potrivit căreia mărcile la care face trimitere prezintă aceleași caracteristici ca și cele ale mărcii în discuție sau potrivit

căreia aceasta din urmă prezintă aceeași complexitate ca și mărcile pe care le invocă, nu poate fi reținută. Rezultă că faptul că un consumator al anumitor produse din clasa 25 este obișnuit să perceapă astfel de forme sau astfel de combinații de forme ca indicații ale originii comerciale a acestor produse nu este concludent pentru cazul din speță.

36 În al treilea rând, caracterul distinctiv minim cerut pentru înregistrarea sau pentru protecția în Comunitate trebuie să fie apreciat în fiecare caz în raport cu împrejurările speței. Astfel, deciziile privind înregistrarea sau protecția unui semn ca marcă comunitară adoptate de camerele de recurs în temeiul Regulamentului nr. 40/94 sunt emise în exercitarea unei competențe reglementate. Prin urmare, legalitatea deciziilor camerelor de recurs trebuie apreciată numai în temeiul acestui regulament, astfel cum a fost interpretat de instanța comunitară, și nu pe baza unei practici decizionale anterioare a camerelor de recurs (a se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 15 septembrie 2005, BioID/OAPI, C-37/03 P, Rec., p. I-7975, punctul 47, și Hotărârea Alcon/OAPI, punctul 24 de mai sus, punctul 65). În consecință, faptul că semne simple compuse din benzi sau dungi au fost înregistrate ca mărci comunitare de către OAPI nu este relevant pentru a aprecia dacă marca în discuție este sau nu este lipsită de orice caracter distinctiv în sensul articolului 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94.

37 Rezultă că în mod corect camera de recurs a considerat că marca în discuție era un motiv foarte simplu și banal, având o funcție exclusiv decorativă, și că aceasta nu era percepută ca indicație a originii comerciale a produselor în cauză.

38 Argumentul întemeiat pe faptul că marca în discuție ar fi deja utilizată ca indicație a unei origini comerciale nu poate repune în discuție această concluzie. Articolul 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94 impune analizarea caracterului distinctiv al unei mărci în afara oricărei utilizări efective în sensul articolului 7 alineatul (3) din același regulament [devenit articolul 7 alineatul (3) din Regulamentul nr. 207/2009] [Hotărârea Tribunalului din 5 aprilie 2001, Bank für Arbeit und Wirtschaft/OAPI (EASYBANK), T-87/00, Rec., p. II-1259, punctul 40, și Hotărârea din 23 noiembrie 2004, Frischpack/OAPI (Forma unei cutii de brânză), T-360/03, Rec., p. II-4097, punctul 29]. În plus, acțiunea din fața Tribunalului are ca obiect controlul de legalitate a deciziilor camerelor de recurs ale OAPI, în sensul articolului 63 din Regulamentul nr. 40/94. Prin urmare, funcția Tribunalului nu este de a reexamina împrejurările de fapt în lumina probelor prezentate pentru prima dată în fața sa. Astfel, admiterea acestor probe este contrară articolului 135 alineatul (4) din Regulamentul de procedură, conform căruia memoriile părților nu pot modifica obiectul litigiului care

s-a aflat pe rolul camerei de recurs [Hotărârea Tribunalului din 6 martie 2003, DaimlerChrysler/OAPI (Calandre), T-128/01, Rec., p. II-701, punctul 18, și Hotărârea α, citată la punctul 27 de mai sus, punctul 9]. Or, din dosarul procedurii desfășurate în fața OAPI rezultă că fotografiile depuse de reclamantă în susținerea acestui argument au fost prezentate pentru prima dată în fața Tribunalului și că reclamanta nu a arătat în fața OAPI că marca în discuție ar fi dobândit un caracter distinctiv prin utilizare. Prin urmare, acest argument și probele prezentate în susținerea sa trebuie respinse ca inadmisibile.

39 În sfârșit, în ceea ce privește argumentul potrivit căruia marca în discuție ar fi identificată de publicul relevant ca o „jumătate de gură a unui smiley", smiley însuși fiind înregistrat ca marcă comunitară sub nr. 517383, și datorită acestui fapt ar fi distinctivă, chiar presupunând că acest argument, formulat pentru prima dată în fața Tribunalului, este admisibil, nu poate fi reținut. Astfel cum a arătat OAPI, a urma această abordare ar însemna a admite că orice extras dintr-o marcă înregistrată și, prin urmare, orice extras dintr-o marcă distinctivă este, datorită acestui simplu fapt, de asemenea distinctiv în sensul articolului 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94. Aceasta nu se poate admite. Astfel, aprecierea caracterului distinctiv al unei mărci în sensul acestei dispoziții se întemeiază pe capacitatea acestei mărci de a individualiza pe piață produsele sau serviciile solicitantului în raport cu produsele sau serviciile de același gen oferite de concurenți [Hotărârea Tribunalului din 27 februarie 2002, Rewe-Zentral/OAPI (LITE), T-79/00, Rec., p. II-705, punctul 30]. Faptul că marca în discuție constă în parte într-o marcă deja înregistrată nu este relevant în această privință.

40 În orice caz, deși, comparând mărcile una lângă cealaltă poate fi constatat faptul că marca în discuție se aseamănă cu o jumătate de gură care figurează în marca comunitară înregistrată sub nr. 517383, totuși trebuie amintit că consumatorul mediu trebuie să se bazeze pe imaginea imperfectă a mărcii pe care a păstrat-o în memorie [Hotărârea Tribunalului din 25 septembrie 2002, Viking-Umwelttechnik/OAPI (Juxtapunere de verde și gri), T-316/00, Rec., p. II-3715, punctul 28, și Hotărârea din 12 noiembrie 2008, GretagMacbeth/OAPI (Combinație de 24 de pătrate colorate), T-400/07, punctul 47]. În plus, recunoașterea de către publicul relevant în marca în discuție a unei părți din marca comunitară înregistrată sub nr. 517383 presupune că publicul relevant cunoaște această din urmă marcă, ceea ce reclamanta nu a dovedit. În consecință, nu se poate

considera că, percepând marca în discuție, publicul relevant o va identifica drept o jumătate de gură de smiley sau drept o jumătate de zâmbet care apare în marca comunitară înregistrată sub nr. 517383. În această privință, trebuie să se constate de asemenea, alături de OAPI, că liniuța verticală care figurează sub curba principală a mărcii în discuție nu apare în gura care figurează în marca comunitară înregistrată sub nr. 517383. În consecință, posibila asociere a mărcii în discuție cu marca invocată de reclamantă nu este dovedită.

41 Din cele prezentate mai sus rezultă că camera de recurs nu a săvârșit o eroare atunci când a considerat că marca în discuție este lipsită de caracterul distinctiv minim cerut pentru a se sustrage motivului absolut de refuz prevăzut la articolul 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94 și că, pentru acest fapt, protecția sa în Comunitate trebuie refuzată. Prin urmare, motivul unic întemeiat pe încălcarea articolului 7 alineatul (1) litera (b) din Regulamentul nr. 40/94 trebuie să fie respins ca neîntemeiat, precum și acțiunea în întregime.

Cu privire la cheltuielile de judecată

42 Potrivit articolului 87 alineatul (2) din Regulamentul de procedură, partea care cade în pretenții este obligată, la cerere, la plata cheltuielilor de judecată. Întrucât reclamanta a căzut în pretenții, se impune obligarea acesteia la plata cheltuielilor de judecată, inclusiv a celor legate de substituirea de către aceasta, în calitate de reclamantă, a domnului Loufrani, în conformitate cu concluziile OAPI.

Pentru aceste motive,

TRIBUNALUL (Camera întâi)

declară și hotărăște:

1) Respinge acțiunea.

2) Obligă The Smiley Company SPRL la plata cheltuielilor de judecată, inclusiv a celor legate de substituirea de către aceasta a domnului Franklin Loufrani.

Tiili Dehousse Wiszniewska-Białecka

Pronunțată astfel în ședință publică la Luxemburg, la 29 septembrie 2009.

Semnături