ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)

5 de Maio de 2009 *

No processo T-449/07,

Thomas Rotter, residente em Munique (Alemanha), representado por M. Müller, advogado,

recorrente,

contra

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

recorrido,

que tem por objecto um recurso da decisão da Quarta Câmara de Recurso do IHMI de 27 de Setembro de 2007 (processo R 1415/2006-4), relativa ao registo de um sinal tridimensional que representa um conjunto de salsichas como marca comunitária,

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Segunda Secção),

composto por: I. Pelikánová, presidente, K. Jürimäe (relatora) e S. Soldevila Fragoso, juízes,

secretário: T. Weiler, administradora,

vista a petição apresentada na Secretaria do Tribunal em 3 de Dezembro de 2007,

vista a contestação apresentada na Secretaria do Tribunal em 8 de Abril de 2008,

após a audiência de 14 de Janeiro de 2009,

profere o presente

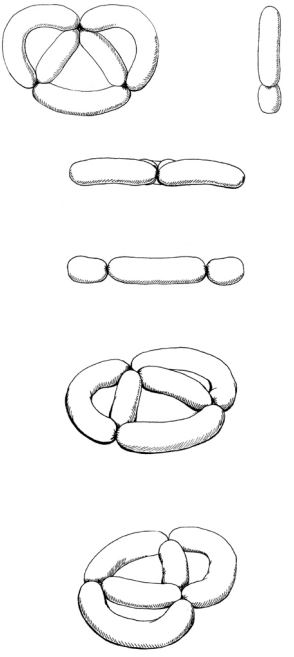
Acórdão

Antecedentes do litígio

1 Em 17 de Março de 2005, o recorrente, Thomas Rotter, apresentou um pedido de registo de marca comunitária no 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.

2 A marca cujo registo foi pedido consiste na seguinte forma tridimensional:



3 Os produtos e serviços para os quais o registo foi inicialmente requerido integram as classes 29, 30 e 43 na acepção 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, para cada uma dessas classes, à seguinte descrição:

— classe 29: «Carne, aves e caça; extractos de carne; legumes em conserva, secos e cozidos; compotas; produtos lácteos; produtos de charcutaria; produtos à base de batata»;

— classe 30: «Açúcar, arroz, preparações feitas de cereais»;

— classe 43: «Restauração (alimentação); alojamento temporário».

4 Por decisão de 28 de Agosto de 2006, o examinador, por um lado, aceitou o pedido de registo da marca requerida para os serviços que integram a classe 43 e, por outro, rejeitou-o, ao abrigo do artigo 7.º, n.º 1, alíneas b) e c), do Regulamento n.º 40/94, para os produtos das classes 29 e 30, por a marca requerida não possuir carácter distintivo.

5 Em 30 de Outubro de 2006, o recorrente, ao abrigo do disposto nos artigos 57.º a 62.º do Regulamento n.º 40/94, interpôs recurso da decisão do examinador no IHMI.

6 Por decisão de 27 de Setembro de 2007 (a seguir «decisão impugnada»), a Quarta Câmara de Recurso do IHMI negou provimento a esse recurso. A Câmara de Recurso entendeu que, especialmente por se tratar de produtos de charcutaria, a forma para a qual o registo da marca foi requerido corresponde a um conjunto de cinco salsichas distintas dispostas de modo a que as extremidades de todas estejam ligadas entre si. Ora, a Câmara de Recurso esclareceu que unir as salsichas entre si através das respectivas extremidades para que constituam uma solução de continuidade é uma prática corrente imposta pela produção. Por outro lado, observou que o consumidor médio não apreenderia essa apresentação do produto como uma indicação da sua origem comercial, mas apenas como uma forma entre muitas de atar diversas salsichas para as armazenar e vender conjuntamente. Concluiu assim que não era susceptível de conferir à forma pretendida carácter distintivo.

7 Por carta endereçada ao IHMI em 3 de Dezembro de 2007, ou seja, no próprio dia da interposição do presente recurso, o recorrente solicitou, ao abrigo do artigo 44.º do Regulamento n.º 40/94, a limitação da lista dos produtos e serviços contida no pedido de marca aos «produtos de charcutaria» e aos serviços «Restauração (alimentação); alojamento temporário», que integram, respectivamente, as classes 29 e 43 na acepção do acordo de Nice. Por ofício de 8 de Janeiro de 2008, endereçado ao recorrente, o IHMI indicou que a lista dos produtos e serviços para os quais o registo da marca havia sido requerido passava a apenas mencionar os «produtos de charcutaria» e os «serviços de restauração (alimentação); alojamento temporário», que integram, respectivamente, as referidas classes.

Pedidos das partes

8 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— condenar o IHMI nas despesas, incluindo as suportadas durante o processo de recurso.

9 Na audiência, em resposta a uma questão do Tribunal, o recorrente indicou que apenas pretendia a anulação da decisão impugnada na parte em que recusa o registo da marca requerida para os «produtos de charcutaria» que integram a classe 29 na acepção do acordo de Nice e que, quanto ao demais, renunciava a contestar a decisão impugnada.

10 O IHMI conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

11 Em apoio do seu recurso, o recorrente apresenta um único fundamento, relativo à violação do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94.

Argumentos das partes

12 O recorrente sustenta que o sinal pretendido possui carácter distintivo na acepção do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, na medida em que pode servir de indicação da origem comercial dos produtos de charcutaria. A este respeito, o recorrente alega que a forma pretendida difere significativamente da forma de apresentação dos produtos em causa com que o consumidor se vê habitualmente confrontado.

13 Em primeiro lugar, o recorrente afirma que, no comércio, os produtos de charcutaria são em regra propostos separadamente e sob uma forma característica, ou seja, sob uma forma oblonga e arredondada. Ora, a forma pretendida diferia, em dois aspectos, dos hábitos do sector em matéria de formas de apresentação dos produtos em causa. Por um lado, as salsichas que devem ser cozinhadas em água a ferver e as que devem ser grelhadas, compostas por diversos elementos, não se encontram, no presente caso, separadas entre si, mas unidas. Por outro lado, unidos desta forma, os produtos de charcutaria não conservavam a sua forma oblonga e arredondada habitual. O recorrente precisa que essa junção constitui, no que respeita aos produtos de charcutaria, uma forma original e nova parecida com a forma de um *bretzel*, sem todavia assumir completamente essa forma pois, contrariamente aos *bretzel*, é composta, perceptivelmente, por diversos elementos.

14 Em segundo lugar, o recorrente sustenta que o conjunto em causa não corresponde à forma habitual de uma salsicha. Em especial, o facto de apresentar produtos de charcutaria sob a forma de um conjunto composto, conjunto esse que, por seu lado, induz a uma associação com uma forma conhecida, ou seja, a de um *bretzel*, que se inclui noutro sector de produtos, também não constitui uma apresentação habitual dos produtos em causa para o consumidor. É precisamente devido a esta apresentação pouco habitual no comércio dos produtos de charcutaria que o consumidor começaria por se aperceber do produto, antes de se recordar, em seguida, da forma dos produtos de charcutaria. Segundo o recorrente, a forma de apresentação deste produto de charcutaria passará a ser o seu atributo característico que permitirá ao consumidor distingui-lo do de outros fabricantes. Assim, para o consumidor, a forma pretendida confere à apresentação do produto de charcutaria, comparativamente com a forma típica de uma salsicha, o elemento de fantasia necessário ao seu carácter distintivo.

15 Em terceiro lugar, o recorrente alega que a forma pretendida difere de maneira tanto mais significativa da forma de apresentação dos produtos em causa com que o consumidor se vê habitualmente confrontado que a utilização de uma forma de apresentação fantasista dos produtos de charcutaria destinada a promover a sua venda já é, por si só, um fenómeno comercial novo.

16 O IHMI contesta o conjunto dos argumentos aduzidos pelo recorrente.

Apreciação do Tribunal

17 Importa recordar que, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, é recusado o registo das marcas desprovidas de carácter distintivo.

18 Segundo jurisprudência constante, os sinais contemplados no artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 40/94 são considerados incapazes de exercer a função essencial da marca, isto é, identificar a origem comercial do produto ou do serviço, para assim permitir que o consumidor que adquire o produto ou serviço que a marca designa faça, no momento de uma aquisição posterior, a mesma escolha se a experiência for positiva ou outra escolha se a experiência for negativa [v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Dezembro de 2005, Bic/IHMI (Forma de um isqueiro de pedra), T-262/04, Colect., p. II-5959, n.º 20 e a jurisprudência aí indicada].

19 O carácter distintivo de uma marca deve ser apreciado, por um lado, relativamente aos produtos ou aos serviços para os quais o registo foi pedido e, por outro, em relação à percepção que deles tem o público pertinente constituído pelo consumidor desses produtos ou serviços (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Abril

de 2004, Procter & Gamble/IHMI, C-473/01 P e C-474/01 P, Colect., p. I-5173, n.º 33; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Setembro de 2007, Neumann/ /IHMI (Forma de uma cabeça de microfone), T-358/04, Colect., p. II-3329, n.º 32 e a jurisprudência aí indicada).

20 A este respeito, importa recordar que os critérios de apreciação do carácter distintivo das marcas tridimensionais constituídas pela forma de um produto não são diferentes dos aplicáveis às outras categorias de marcas (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 2007, Develey/IHMI, C-238/06 P, Colect., p. I-9375, n.º 80; acórdão Forma de uma cabeça de microfone, n.º 19, *supra,* n.º 41).

21 No entanto, no âmbito da aplicação desses critérios, a percepção do público pertinente não é necessariamente a mesma no caso de uma marca tridimensional, constituída pela forma do próprio produto, e no caso de uma marca nominativa ou figurativa, que consiste num sinal independente do aspecto dos produtos que designa. Com efeito, os consumidores médios não têm por hábito presumir a origem dos produtos baseando-se na sua forma ou no seu acondicionamento, na falta de qualquer elemento gráfico ou textual, podendo, por isso, tornar-se mais difícil provar o carácter distintivo quando se trata de uma marca tridimensional do que quando se trata de uma marca nominativa ou figurativa (v., neste sentido, acórdãos Develey/IHMI, n.º 20, *supra*, n.º 80, e Forma de uma cabeça de microfone, n.º 19, *supra*, n.º 42).

22 Além disso, o nível de atenção do consumidor médio é susceptível de variar em função da categoria de produtos ou serviços em causa (acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Colect., p. I-3819, n.º 26). Relativamente aos produtos de consumo quotidiano, que se vendem a um preço relativamente baixo, o nível de atenção do consumidor médio relativamente ao seu aspecto exterior é, por conseguinte, pouco elevado.

23 Por último, para se apurar se uma forma composta por diversos elementos pode ser apreendida pelo público pertinente como uma indicação de origem, há que analisar a impressão de conjunto produzida por essa combinação [v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Setembro de 2001, Procter & Gamble/IHMI (Pastilha rectangular com incrustação), T-129/00, Colect., p. II-2793, n.º 54].

24 É à luz destas considerações que se deve examinar se foi correctamente que a Câmara de Recurso considerou que a forma para a qual foi requerido o registo da marca era destituída de carácter distintivo.

25 No presente caso, importa sublinhar que os produtos em causa, ou seja, os produtos de charcutaria (*Wurstwaren*), são vendidos tanto nos talhos-charcutarias como nos supermercados, em espaços próprios para o efeito, e na secção dos produtos refrigerados. Trata-se, portanto, de produtos de consumo corrente destinados ao consumidor médio da União Europeia.

26 Quanto à forma pretendida, isto é, um conjunto formado por diversas salsichas, importa reconhecer que é diferente da forma clássica e mais divulgada dos produtos em causa, ou seja, a forma de uma salsicha.

27 De resto, cabe referir que esta conclusão não é alvo de contestação por parte do recorrente. Com efeito, o próprio recorrente afirma que a forma pretendida é composta por diversas salsichas unidas entre si de forma perceptível que, embora parecendo-se com a forma de um *bretzel*, não adopta totalmente essa forma. Assim, foi correctamente que a Câmara de Recurso considerou que a marca tridimensional cujo registo havia sido requerido é constituída por um conjunto de cinco salsichas distintas cujas extremidades estão unidas. Por conseguinte, é a apreciação que a Câmara de Recurso

fez do carácter distintivo da forma de um conjunto de salsichas que, no presente caso, cabe examinar, e isto na perspectiva da impressão global causada por esse conjunto.

28 Em primeiro lugar, quanto ao argumento do recorrente segundo o qual a forma pretendida tem carácter distintivo porquanto, sob essa forma, as salsichas não são apresentadas separadamente, mas formando um conjunto, basta sublinhar que, como a Câmara de Recurso correctamente assinalou, o facto de se prender salsichas umas às outras pelas respectivas extremidades para as armazenar e depois vender em conjunto é uma prática corrente no comércio.

29 Em segundo lugar, no que respeita ao argumento do recorrente segundo o qual o carácter distintivo da forma pretendida também decorre do facto de, através da formação desse conjunto, as salsichas não conservarem a sua forma originária oblonga e arredondada, importa sublinhar que o recorrente se limita a comparar a forma pretendida, que consiste num conjunto de diversas salsichas, com a forma, que considera típica, de uma única salsicha. Na medida em que, como de resto o próprio recorrente reconhece, o conjunto em causa é perceptível, essa comparação é manifestamente irrelevante e, consequentemente, esse argumento é insustentável.

30 Assim, resulta do exame, nos n.os 28 e 29, *supra*, dos dois argumentos apresentados que o recorrente, contrariamente ao que sustenta, não consegue demonstrar em que é que a forma pretendida diverge significativamente da forma habitual de apresentação das salsichas no comércio.

31 Do que acaba de se expor resulta que, como os produtos em causa, ou seja, os produtos de charcutaria, são produtos de consumo corrente, o consumidor médio não perceberá a forma pretendida como uma indicação da origem comercial dos referidos produtos.

32 Esta conclusão não pode ser posta em causa pelo argumento do recorrente segundo o qual o facto de apresentar produtos de charcutaria sob a forma de um conjunto, conjunto esse que, por seu lado, induz a uma associação com uma forma conhecida, ou seja, a de um *bretzel*, que se inclui noutro sector de produtos alimentares, também não constitui uma apresentação habitual dos produtos em causa para o consumidor.

33 Com efeito, como o próprio recorrente reconhece, embora esteja próxima da forma de um *bretzel*, a forma pretendida não a assume integralmente. Assim, embora, como se referiu no n.º 30, *supra*, a forma pretendida configure uma apresentação original, ou seja, pouco habitual, dos produtos de charcutaria, também é verdade que o consumidor médio não a associará à de um *bretzel* e apenas perceberá um conjunto de cinco salsichas ligadas entre si.

34 Esta conclusão também não pode ser posta em causa pelo argumento do recorrente segundo o qual a forma pretendida difere de maneira tanto mais significativa da forma habitual de apresentação dos produtos em causa que a utilização de uma forma de apresentação fantasista dos produtos de charcutaria destinada a promover a sua venda já é, por si só, um fenómeno novo.

35 Com efeito, segundo jurisprudência constante, um conceito de comercialização particular que o requerente de uma marca põe em execução ou pondera pôr em execução, que, portanto, depende apenas da escolha da empresa em causa e pode ser modificado posteriormente ao registo, é um factor que não pode ter qualquer incidência na apreciação da viabilidade do registo da marca [acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, DaimlerChrysler/IHMI (TELE AID), T-355/00, Colect., p. II-1939, n.º 42; de 30 de Abril de 2003, Axions e Belce/IHMI (Forma de cigarro de cor castanha e forma de lingote de ouro), T-324/01 e T-110/02, Colect., p. II-1897, n.º 36].

36 Resulta do conjunto das considerações que precedem que foi correctamente que a Câmara de Recurso considerou que a forma pretendida era destituída de carácter distintivo, na acepção do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94.

37 Por conseguinte, o único fundamento apresentado pelo recorrente deve ser julgado improcedente e, consequentemente, também o recurso na sua globalidade.

Quanto às despesas

38 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo o recorrente sido vencido, há que condená-lo nas despesas, de acordo com o pedido do IHMI.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) Thomas Rotter é condenado nas despesas.

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 5 de Maio de 2009.

O secretário O presidente

E. Coulon I. Pelikánová