ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

23 de Novembro de 2004 *

No processo T-360/03,

Frischpack GmbH & Co. KG, com sede em Mailling bei Schönau (Alemanha), representada por P. Bornemann, advogado,

recorrente,

contra

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

recorrido,

que tem por objecto um recurso interposto da decisão da Segunda Câmara de Recurso do IHMI de 8 de Setembro de 2003 (processo R 236/2003-2), relativa ao registo de uma marca tridimensional (caixa de queijo),

* Língua do processo: alemão.

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

composto por: P. Lindh, presidente, R. García-Valdecasas e D. Šváby, juízes,

secretário: I. Natsinas, administrador,

vista a petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 30 de Outubro de 2003,

vista a contestação apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 21 de Janeiro de 2004,

na sequência da audiência de 8 de Julho de 2004,

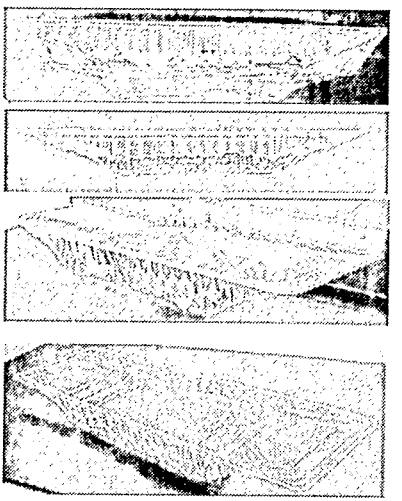
profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

1 Em 26 de Março de 2002, a recorrente apresentou um pedido de marca comunitária ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI), nos termos 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), na redacção alterada.

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



3 A marca pedida foi descrita do seguinte modo pela recorrente:

«O sinal cujo registo é pedido é a forma tridimensional de uma embalagem para produtos alimentares em fatias, em especial a forma de uma caixa de queijo para fatias de queijo. As reproduções do sinal são fotografias da embalagem tiradas de diversos ângulos, em oblíquo a partir de cima, de baixo e de lado. A embalagem caracteriza-se pela forma de um casco de navio com fundo chato, com paredes frontais que sobem em oblíquo dos lados do referido fundo e paredes laterais de forma trapezoidal, sendo o referido casco fechado na sua face superior e composto de uma película transparente em matéria plástica. As partes laterais são caneladas ou onduladas, as caneluras, ou seja, as arestas e os sulcos da configuração ondulada orientam-se de cima para baixo. As paredes laterais, que formam um ângulo em relação à vertical que vai de baixo para cima, têm igualmente um traçado oblíquo.»

4 O produto para o qual foi pedido o registo está incluído na classe 29 do Acordo de Nice relativo à Classificação Internacional dos Produtos e dos Serviços para o registo de marcas, de 15 de Junho de 1957, na sua versão revista e alterada, e corresponde à seguinte descrição: «Produtos alimentares em fatias, em especial fatias de queijo».

5 Através de decisão de 11 de Fevereiro de 2003, o examinador indeferiu o pedido, por a marca pedida ir contra o motivo absoluto de recusa previsto no artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94.

6 Em 21 de Março de 2003, a recorrente interpôs no IHMI, nos termos dos artigos 57.° a 62.° do Regulamento n.° 40/94, recurso da decisão do examinador.

7 Através de decisão de 8 de Setembro de 2003 (a seguir «decisão impugnada»), a Câmara de Recurso negou provimento ao recurso pelo facto de a marca pedida não ser distintiva na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94.

8 No essencial, a Câmara de Recurso considerou que o consumidor médio apenas vê na forma reivindicada para os produtos mencionados no pedido uma embalagem plana usual. A caixa, cujo registo como marca é pedido, não contém nenhum elemento «excepcionalmente especial, particular ou fora do vulgar no mercado dos produtos alimentares» que a permita distinguir claramente das outras formas presentes no referido mercado. Trata-se apenas de uma «variação insignificante e não impressionante da forma típica». A Câmara de Recurso acrescenta que, embora a marca cujo registo é pedido seja objecto de uma descrição complexa, apenas um esforço analítico considerável permite reconhecer todas as características que nela são enunciadas. Ora, o consumidor médio não procede a um exame tão complexo e intensivo do objecto.

Pedidos das partes

9 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— reformar a decisão impugnada e anulá-la parcialmente na medida em que diz respeito ao produto «queijo em fatias em grandes embalagens não destinado ao consumidor final»;

— condenar o IHMI nas despesas.

10 O IHMI conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar o recurso inadmissível;

— subsidiariamente, negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

11 Na audiência, convidada pelo Tribunal a explicar o significado do seu pedido de anulação parcial da decisão impugnada, a recorrente declarou que o seu pedido deve ser entendido no sentido de que pretende, em primeiro lugar, a reforma da decisão

impugnada e, em segundo lugar, a sua anulação total. O IHMI levantou uma questão prévia de admissibilidade do que considera ser uma alteração do pedido da recorrente. O Tribunal de Primeira Instância exarou esse facto na acta de audiência.

Questão de direito

Argumentos das partes

Quanto à admissibilidade

12 O IHMI considera que o pedido da recorrente de anular a decisão impugnada, na medida em que tem por objecto os produtos «queijo em fatias em grandes embalagens não destinado ao consumidor final», é inadmissível. Com efeito, embora, nos termos do artigo 63.º, n.º 3, do Regulamento n.º 40/94, o Tribunal de Primeira Instância seja competente tanto para anular como para reformar a decisão impugnada, o objecto do litígio é determinado pela referida decisão e pelo pedido de registo. Ora, o pedido de registo tinha por objecto «produtos alimentares em fatias, em especial fatias de queijo».

13 Esta limitação do sector de produtos para o qual o pedido de registo foi apresentado constitui uma alteração do objecto do litígio. A este respeito, o IHMI refere o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 5 de Março de 2003, Unilever/IHMI (Pastilha oval) (T-194/01, Colect., p. II-383, n.º 16), de que resulta, na sua opinião, que o Tribunal de Primeira Instância procede à fiscalização da legalidade da decisão da Câmara de Recurso à luz do quadro factual e jurídico do litígio tal como lhe foi apresentado e que a recorrente não pode validamente, alterando as suas pretensões, mudar o referido quadro.

14 Por outro lado, se a recorrente tivesse querido obter uma decisão relativa aos produtos reivindicados, devia declarar explicitamente ao IHMI que limitava a sua lista aos referidos produtos, e isto, o mais tardar, no âmbito do processo na Câmara de Recurso e nos termos do artigo 44.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94.

Quanto ao mérito

15 A recorrente baseia o seu recurso num único fundamento assente em que, ao não reconhecer o carácter distintivo da marca pedida, a Câmara de Recurso violou o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94.

16 Em seu entender, pela sua forma e pela disposição em leque das fatias que contém, que não é habitual e se distingue claramente de outras grandes embalagens para queijo em fatias, a embalagem em causa é distintiva. A este respeito, a recorrente precisa que a circunstância de ser mais difícil produzir prova do carácter distintivo de uma embalagem do que do de uma marca nominativa ou figurativa não pode prejudicar a recorrente. Nada justifica que, em caso de dúvida quanto ao carácter distintivo de uma embalagem, o registo seja recusado.

17 No caso vertente, a embalagem em causa destina-se apenas a um público especializado, habituado a considerar que as embalagens indicam a origem comercial dos produtos que contêm. Ora, esta embalagem não é nem vulgar nem usual e demarca-se claramente da oferta de grandes embalagens destinada a empresas especializadas.

18 A embalagem em causa distingue-se à primeira vista pela sua forma, que suscita, nos meios em causa, uma associação de ideias com a forma de um casco de barco cujas características de construção apresenta (fundo raso, superfície plana, duas bordas). Além disso, esta impressão é reforçada pela estrutura canelada ou ondulada das paredes laterais que recordam o cavername de um barco. A impressão de conjunto da forma da embalagem é comparável à forma de um casco de barco.

19 O carácter especial da forma em causa não resulta da sua descrição detalhada, não se revelando a referida forma, como afirma a Câmara de Recurso, apenas através de um «olhar que goste do detalhe e dotado de um importante poder de imaginação». Por conseguinte, não é necessário um exame analítico e detalhado da forma em causa para que seja captado o seu carácter distintivo.

20 A recorrente recorda que o carácter distintivo de uma marca depende dos produtos para os quais o registo é pedido e, portanto, do público em causa. Ora, a Câmara de Recurso considerou, de forma errada, que a embalagem em causa se dirigia directamente ao grande público dos consumidores. A recorrente precisa que explora uma empresa de acondicionamento de produtos à base de queijo e que, em relação às embalagens vendidas ao consumidor final, utiliza embalagens correntes, tais como as que contêm habitualmente charcutaria ou queijo em fatias. No entanto, a embalagem em causa contém, pelo menos, 500 gramas de produto e destina-se apenas a profissionais e não a consumidores finais. Não é, portanto, vendida nos comércios a retalho, antes é distribuída aos profissionais seja directamente, pelo fabricante ou grossista, seja por lojas reservadas a esses mesmos profissionais.

21 Por conseguinte, o consumidor médio não é o público pertinente. Os especialistas da gastronomia que, pelas suas competências, estão melhor informados, mais atentos e mais advertidos constituem esse público pertinente. Estes últimos estão habituados a captar as pequenas diferenças que distinguem uma embalagem de outra. Portanto, basta a existência de um fraco carácter distintivo para que seja registada a marca pedida.

22 A embalagem em causa é exclusivamente utilizada para queijo em fatias em grandes embalagens que não se destinam ao consumidor final e cuja venda não lhe é proposta. O sector dos produtos para o qual a protecção é pedida está assim delimitado. Além disso, a este respeito, a recorrente alega que não lhe foi possível proceder mais cedo a essa limitação do sector de produtos em causa, pois só se apercebeu da sua pertinência ao ler a fundamentação da decisão da Câmara de Recurso.

23 O IHMI responde, essencialmente, que, mesmo supondo que o Tribunal de Primeira Instância considere que a recorrente não alterou o objecto do litígio ao limitar o sector de produtos em causa ao da venda por grosso, tal limitação não resulta da lista de produtos que acompanhava o pedido de registo. Por conseguinte, a Câmara de Recurso considerou, com razão, que havia que tomar em consideração o consumidor final médio para efeitos do exame do carácter distintivo da marca pedida.

24 Em todo o caso, a precisão feita pela recorrente quanto ao sector de produtos em causa não tem incidência no exame do carácter distintivo da marca pedida. Com efeito, a recorrente não demonstrou que a percepção pelos profissionais do carácter distintivo da referida marca seja diferente da dos consumidores finais.

Apreciaçõ do Tribunal de Primeira Instância

Quanto à admissibilidade

25 A título preliminar, há que recordar que, por força do artigo 63.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 40/94, tanto a anulação como a reforma de uma decisão das

Câmaras de Recurso só é possível se essa decisão estiver ferida de ilegalidade substancial ou formal [acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2002, eCopy/IHMI (ECOPY), T-247/01, Colect., p. II-5301, n.º 46].

26 Além disso, segundo o artigo 135.º, n.º 4, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, as respostas das partes não podem alterar o objecto do litígio perante a instância de recurso.

27 Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, será recusado o registo de «marcas desprovidas de carácter distintivo».

28 A este respeito, segundo uma jurisprudência assente, o carácter distintivo de uma marca deve ser apreciado relativamente, por um lado, aos produtos ou serviços para os quais foi pedido o respectivo registo e, por outro, à percepção dos meios interessados, constituídos pelos consumidores desses produtos ou serviços [v., em relação à interpretação do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), da Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO 1989, L 40, p. 1), acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Abril de 2003, Linde e o., C-53/01 a C-55/01, Colect., p. I-3161, n.º 41, e, em relação à aplicação do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Fevereiro de 2002, Mag Instrument/IHMI (Forma de lanternas de bolso), T-88/00, Colect., p. II-467, n.º 30].

29 Com efeito, o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 obriga o examinador e, eventualmente, a Câmara de Recurso a examinar — no âmbito de um exame *a priori* e para além de qualquer uso efectivo do sinal na acepção do artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento n.º 40/94 — se o sinal em causa pode ou não ser

adequado para distinguir, aos olhos do público visado, os produtos ou serviços em causa dos de outra proveniência, quando esse público é chamado a fazer a sua opção comercial [acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 5 de Abril de 2001, Bank für Arbeit und Wirtschaft/IHMI (EASYBANK), T-87/00, Colect., p. II-1259, n.º 40].

30 No caso vertente, a recorrente opõe-se à definição do público pertinente feita pelo IHMI. Assim, para efeitos do exame do carácter distintivo da marca pedida, o examinador do IHMI e, depois, a Câmara de Recurso consideraram que, sendo o queijo um produto de grande consumo, o público pertinente era o consumidor médio. Pelo contrário, a recorrente alega, no âmbito do presente recurso, que o público pertinente é um público especializado, uma vez que o produto em causa é exclusivamente vendido por grosso a profissionais da alimentação.

31 O IHMI considera, neste contexto, que a recorrente altera o objecto do litígio e que o seu pedido de reforma da decisão impugnada é, por esse facto, inadmissível por violação do artigo 135.º, n.º 4, do Regulamento de Processo.

32 Há que referir que o objecto do litígio na Câmara de Recurso era constituído pelo pedido da recorrente de registo como marca do seu sinal para os produtos incluídos na classe 29 do acordo de Nice.

33 Em seguida, ao defender, no Tribunal de Primeira Instância, que a marca pedida apresenta carácter distintivo para um público especialista, a recorrente não procedeu a uma alteração do objecto do litígio no IHMI.

34 Com efeito, como foi recordado no n.º 29, *supra*, compete ao IHMI, no âmbito do seu exame do carácter distintivo na acepção do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 de um sinal cujo registo como marca é pedido, determinar o público pertinente.

35 Assim, ao contestar a definição do público pertinente identificado pela Câmara de Recurso para efeitos do exame do carácter distintivo da marca pedida, a recorrente não pede ao Tribunal de Primeira Instância que decida sobre questões diferentes das que tinham sido submetidas à Câmara de Recurso.

36 Essa contestação da definição do público pertinente identificado pela Câmara de Recurso também não pode ser considerada um pedido de anulação da decisão impugnada limitado a determinados produtos para os quais o registo da embalagem em causa foi pedido, contrariamente ao que sucedia no processo que originou o acórdão Pastilha oval, já referido (n.^{os} 16 e 17).

37 Essa contestação também não pode ser considerada uma limitação, na acepção do artigo 44.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94, da lista dos produtos designados no presente pedido de marca comunitária. Com efeito, o pedido da recorrente continua a ser o registo da marca em causa para os produtos incluídos na classe 29 do acordo de Nice, como, de resto confirmou na audiência.

38 Daí resulta que a questão prévia de admissibilidade invocada pelo IHMI deve ser julgada improcedente.

Quanto ao mérito

39 Em relação à procedência da crítica da recorrente relativa à definição do público pertinente identificado pela Câmara de Recurso para efeitos do exame do carácter distintivo do sinal cujo registo é pedido, há que examinar se a referida Câmara cometeu um erro de direito ao considerar que o referido público é o consumidor médio.

40 A este respeito, há que referir que o produto contido na embalagem cujo registo como marca foi pedido, ou seja, queijo em fatias, é um produto de consumo corrente. Os destinatários deste produto, bem como dos outros produtos incluídos na classe 29 do acordo de Nice, são, portanto, *a priori*, todos os consumidores.

41 Neste contexto, deve dizer-se que a recorrente não invocou, em nenhum momento do procedimento administrativo no IHMI, o facto de o queijo em fatias contido na embalagem cujo registo é pedido ser apenas destinado à venda por grosso a profissionais da alimentação. Além disso, o examinador do IHMI já tinha apreciado, na sua decisão de 11 de Fevereiro de 2003, o carácter distintivo da embalagem em causa tendo em conta a expectativa presumida de um consumidor médio, sem que a recorrente tenha contestado esse ponto no âmbito do seu recurso na Câmara de Recurso.

42 Ora, podendo o IHMI, nos termos do artigo 74.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94, deixar de tomar em consideração os factos que as partes não tenham alegado ou as provas que não tenham sido produzidas em tempo útil, a Câmara de Recurso podia legitimamente considerar, face às informações transmitidas pela recorrente, que o público pertinente era o consumidor médio.

43 Por conseguinte, a Câmara de Recurso pôde legitimamente apreciar o carácter distintivo da embalagem em causa tendo em conta a expectativa presumida de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido. Ora, a recorrente não alega que a marca cujo registo pede apresenta carácter distintivo tendo em conta as expectativas presumidas do consumidor médio.

44 Daí resulta que a decisão impugnada não está viciada por nenhuma ilegalidade e que, sem que seja útil tomar posição sobre a admissibilidade das explicações fornecidas pela recorrente relativas aos seus pedidos (v., n.º 11, *supra*), esta decisão não pode ser anulada ou reformada nos termos do artigo 63.º, n.os 2 e 3, do Regulamento n.º 40/94.

Quanto às despesas

45 Nos termos do n.º 2 do artigo 87.º do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

46 Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas nos termos dos pedidos do IHMI nesse sentido.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

decide:

1) **É negado provimento ao recurso.**

2) **A recorrente é condenada nas despesas.**

Lindh García-Valdecasas Šváby

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 23 de Novembro de 2004.

O secretário

H. Jung

O presidente

P. Lindh