



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

12 de julho de 2012*

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Marca comunitária — Regulamento (CE) n.º 40/94 — Artigo 7.º, n.º 1, alínea b) — Marca nominativa WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH — Marca constituída por um slogan publicitário — Caráter distintivo — Recusa de registo»

No processo C-311/11 P,

que tem por objeto um recurso de uma decisão do Tribunal Geral nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, interposto em 17 de junho de 2011,

Smart Technologies ULC, com sede em Calgary (Canadá), representada por M. Edenborough, QC, e T. Elias, barrister,

recorrente,

sendo a outra parte no processo:

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

recorrido em primeira instância,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: M. Safjan, presidente de secção, M. Ilešič (relator) e J.-J. Kasel, juízes,

advogado-geral: N. Jääskinen,

secretário: K. Malacek, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 1 de março de 2012,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

- 1 Através do seu recurso, a Smart Technologies ULC (a seguir «Smart Technologies») pede a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 13 de abril de 2011, Smart Technologies/IHMI (WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH) (T-523/09, a seguir «acórdão recorrido»), que negou

* Língua do processo: inglês.

provimento ao seu recurso de anulação da decisão da Segunda Câmara de Recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI) de 29 de setembro de 2009 (processo R 554/2009-2), respeitante a um pedido de registo do sinal nominativo «WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH» como marca comunitária (a seguir «decisão controvertida»).

Quadro jurídico

- 2 O Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1), foi revogado e substituído pelo Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, sobre a marca comunitária (JO L 78, p. 1), que entrou em vigor em 13 de abril de 2009. Todavia, tendo em conta a data da apresentação do pedido de registo, o presente litígio continua a ser regido pelo Regulamento n.º 40/94.
- 3 O artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94 dispunha:
«Será recusado o registo:
[...]
b) De marcas desprovidas de carácter distintivo;
[...].»

Antecedentes do litígio e decisão controvertida

- 4 Em 17 de outubro de 2008, a Smart Technologies pediu ao IHMI, em aplicação do Regulamento n.º 40/94, o registo do sinal nominativo «WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH» («fazemos o especial simples») como marca comunitária. Os produtos para os quais foi pedido o registo fazem parte da classe 9 na aceção do Acordo de Nice relativo à Classificação Internacional dos Produtos e dos Serviços para o registo de marcas, de 15 de junho de 1957, conforme revisto e alterado, e correspondem à seguinte descrição:

«Sistemas informáticos que permitem captar coordenadas, isto é, gráficos, textos, desenhos e gestos, com vista a uma interação com uma visualização gerada por computador graças a um lápis, um estilete, um dedo ou uma mão; dispositivos de captação de coordenadas destinados a ser utilizados em projeção frontal, retroprojeção e visualização direta; dispositivos de deteção de posição absoluta e relativa que utilizam captadores mecânicos e óticos que permitem uma interação com um digitalizador, uma superfície tátil, um ecrã tátil, um dispositivo de visualização de imagens ou numa zona de interesse em relação com uma visualização; sistemas evolutivos de deteção de posição com dados de entradas gerados através de dispositivos passivos e/ou ativos; sistemas de imagem que permitem captar textos e imagens gráficas; programas que permitem tratar textos e imagens gráficas e partilhar e/ou armazenar textos e imagens gráficas numa rede informática; programas que permitem partilhar dados e imagens a nível local ou em locais geográficos distintos; programas que permitem visualizar, alterar e partilhar dados e imagens a nível local ou em locais geográficos distintos».
- 5 Por telecópia de 21 de janeiro de 2009, o examinador suscitou objeções ao registo da marca requerida, com base no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94. A Smart Technologies respondeu às objeções do examinador por carta de 19 de março de 2009.
- 6 Por decisão de 7 de abril de 2009, o examinador recusou o pedido de registo relativamente a todos os produtos dele constantes com fundamento na referida disposição, considerando que a marca requerida não tinha carácter distintivo.

- 7 Com a decisão controvertida, a Segunda Câmara de Recurso do IHMI negou provimento ao recurso interposto pela Smart Technologies da referida decisão do examinador.

Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido

- 8 No acórdão recorrido, o Tribunal Geral negou provimento ao recurso que a Smart Technologies tinha interposto da decisão controvertida em 23 de dezembro de 2009. O Tribunal Geral afastou assim o fundamento único invocado pela recorrente, relativo à violação do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 207/2009, no qual alegava que a Câmara de Recurso tinha concluído erradamente que a marca requerida não tinha caráter distintivo.
- 9 Em primeiro lugar, o Tribunal Geral recordou, nos n.ºs 22 a 31 do acórdão recorrido, a jurisprudência pertinente para determinar o caráter distintivo de uma marca e, designadamente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de janeiro de 2010, Audi/IHMI (C-398/08 P, Colet., p. I-535), relativo ao caráter distintivo das marcas constituídas por *slogans* publicitários. A este respeito, o Tribunal Geral sublinhou, nos n.ºs 25 a 27 do referido acórdão, que, ainda que não se devam aplicar aos *slogans* publicitários critérios mais estritos do que os aplicáveis a outras marcas, não se pode excluir que a jurisprudência segundo a qual pode ser mais difícil provar o caráter distintivo de certas categorias de marcas seja igualmente pertinente para as marcas nominativas constituídas por *slogans* publicitários.
- 10 Neste contexto, o Tribunal Geral recordou, no n.º 29 do acórdão recorrido, que o simples facto de uma marca ser apreendida pelo público em causa como uma fórmula promocional não é, enquanto tal, suficiente para concluir que essa marca não tem caráter distintivo. Com efeito, tal marca pode ser concomitantemente apreendida como uma fórmula promocional e como uma indicação da origem comercial dos produtos e dos serviços em causa. O Tribunal Geral considerou assim, no n.º 30 do referido acórdão, que, no quadro da análise do caráter distintivo, não basta limitar-se a salientar o facto de essa marca ser constituída por uma fórmula promocional e apreendida como tal.
- 11 O Tribunal Geral concluiu, no n.º 31 do acórdão recorrido, que uma marca constituída por um *slogan* publicitário deve ser considerada desprovida de caráter distintivo se for suscetível de ser entendida pelo público relevante como uma mera fórmula promocional. No entanto, deve ser reconhecido caráter distintivo a tal marca se, além da sua função promocional, puder à partida ser apreendida pelo público relevante como uma indicação da origem comercial dos produtos e dos serviços visados.
- 12 Em segundo lugar, o Tribunal Geral examinou, nos n.ºs 32 a 42 do acórdão recorrido, a existência do caráter distintivo da marca requerida. Após ter recordado, nos n.ºs 33 e 34 do referido acórdão, que o público relevante é constituído por um público germanófono especialista em informática e que essa marca é composta pela combinação de cinco palavras alemãs correntes, o Tribunal Geral, nos n.ºs 35 e 36 do mesmo acórdão, qualificou a referida marca de *slogan* publicitário, contendo uma mensagem elogiosa, que não inclui nenhum elemento inabitual do ponto de vista da sintaxe e da gramática alemãs.
- 13 A este respeito, o Tribunal Geral começou por assinalar, no n.º 37 do acórdão recorrido, que a concisão e os termos do referido *slogan* não introduzem jogos de palavras nem elementos de tensão conceptual ou de surpresa suscetíveis passíveis de conferir à marca requerida, no espírito do público relevante, caráter distintivo. O Tribunal Geral sublinhou designadamente, no mesmo n.º 37, que as características desta marca não lhe conferem uma originalidade ou uma relevância particular nem desencadeiam um processo cognitivo ou um esforço de interpretação no público relevante que sejam suscetíveis de fazer desta algo diferente de uma mera mensagem publicitária que elogia as qualidades dos produtos visados pelo pedido de marca. Além disso, no n.º 38 do referido acórdão, o Tribunal Geral salientou que a conclusão de que a referida marca constitui um mero *slogan* publicitário, que se limita a remeter para as qualidades dos produtos, não é posta em causa pela circunstância de uma pesquisa na Internet não ter revelado a utilização da mesma marca por terceiros.

- 14 Em seguida, nos n.ºs 39 e 40 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral afastou o argumento invocado pela Smart Technologies segundo o qual, ao remeter para o produtor graças à utilização do elemento «wir» («nós»), a marca requerida contém uma indicação da origem comercial dos produtos e dos serviços por si visados. Em especial, no referido n.º 40, o Tribunal Geral referiu que a utilização desse elemento nada retira ao facto de que esta marca continua a ser um simples *slogan* promocional, suscetível de ser utilizado por qualquer operador, no domínio da informática como em muitos outros domínios, e que o público relevante não será levado a ver nesta, para além dessa informação promocional, uma indicação de origem comercial específica.
- 15 Por último, quanto ao argumento suscitado pela Smart Technologies segundo o qual a Câmara de Recurso proferiu certas afirmações sem as sustentar em provas, o Tribunal Geral declarou, no n.º 41 do acórdão recorrido, que nada obsta a que o IHMI tome em consideração, para efeitos da sua apreciação, factos notórios, como o facto de outras empresas afirmarem, na sua publicidade aos produtos de tecnologia de ponta, que estes são fáceis de utilizar ou que os consumidores estão habituados a mensagens publicitárias breves, compactas e enérgicas sem lhes atribuir valor de marca.

Pedidos das partes

- 16 No seu recurso, a Smart Technologies pede ao Tribunal de Justiça, a título principal, que anule o acórdão recorrido, altere a decisão controvertida no sentido de autorizar o registo da marca requerida ou, a título subsidiário, anule essa decisão e condene o IHMI nas despesas.
- 17 O IHMI conclui pedindo que seja negado provimento ao recurso e que a Smart Technologies seja condenada nas despesas.

Quanto ao presente recurso

- 18 A Smart Technologies invoca dois fundamentos de recurso, relativos, respetivamente, à violação do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 e ao facto de o Tribunal Geral ter considerado notórios certos factos sem que os mesmos fossem sustentados por elementos de prova.

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94

- 19 O primeiro fundamento divide-se em três partes. Na primeira parte, a Smart Technologies alega que o Tribunal Geral aplicou critérios errados ao apreciar o carácter distintivo da marca requerida. Na segunda parte, esta sociedade sustenta que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao qualificar esta marca de «slogan» assim como ao considerar que o carácter distintivo dos *slogans* publicitários é mais difícil de provar do que relativamente às outras categorias de marcas. Na terceira parte, a recorrente alega que o Tribunal Geral não concluiu que um carácter distintivo da referida marca mais reduzido do que o exigido em geral era suficiente no caso em apreço, uma vez que o público relevante é um público especializado.

Quanto à primeira parte do primeiro fundamento

— Argumentos das partes

- 20 Na primeira parte do seu primeiro fundamento, a Smart Technologies alega que o Tribunal Geral se limitou, no âmbito da análise do carácter distintivo da marca requerida, a examinar se esta era apreendida, pelo público relevante, como uma simples fórmula promocional. Ao fazê-lo, o Tribunal Geral violou os critérios de apreciação do carácter distintivo de um *slogan* publicitário, enunciados pelo

Tribunal de Justiça no seu acórdão Audi/IHMI, já referido. Mais precisamente, a recorrente alega que o n.º 31 do acórdão recorrido é contrário ao n.º 45 do referido acórdão Audi/IHMI, no qual o Tribunal de Justiça concluiu que o facto de uma marca ser apreendida como uma fórmula promocional não tem incidência no seu carácter distintivo. Além disso, este mesmo erro de direito também foi cometido nos n.ºs 37 e 38 do acórdão recorrido, nos quais o Tribunal Geral concentrou a sua análise na questão de saber se a referida marca é apreendida como uma simples mensagem publicitária, quando deveria ter apurado se, independentemente da sua função promocional, essa marca possui algum carácter distintivo.

21 O IHMI considera que o n.º 31 do acórdão recorrido não enferma de um erro de direito, já que a primeira frase desse número deve ser entendida tendo em conta a frase seguinte, segundo a qual deve ser reconhecido carácter distintivo a uma marca constituída por um *slogan* publicitário se tal marca puder ser apreendida globalmente pelo público relevante como uma indicação da origem comercial dos produtos e dos serviços em causa. No que respeita aos n.ºs 37 e 38 do dito acórdão, o IHMI sustenta que o Tribunal Geral analisou claramente o carácter distintivo da marca requerida ao fazer referência aos produtos e aos serviços em causa e ao considerar que esse sinal não é apreendido pelo público relevante como uma indicação da origem comercial dos produtos e dos serviços em causa.

— Apreciação do Tribunal

22 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.

23 Resulta de jurisprudência assente que o carácter distintivo de uma marca, na aceção deste artigo, significa que essa marca permite identificar o produto para o qual é pedido o registo como proveniente de uma empresa determinada e, portanto, distinguir esse produto dos de outras empresas (acórdãos de 29 de abril de 2004, Procter & Gamble/IHMI, C-468/01 P a C-472/01 P, Colet., p. I-5141, n.º 32; de 21 de outubro de 2004, IHMI/Erpo Möbelwerk, C-64/02 P, Colet., p. I-10031, n.º 42; de 8 de maio de 2008, Eurohypo/IHMI, C-304/06 P, Colet., p. I-3297, n.º 66; e Audi/IHMI, já referido, n.º 33).

24 Segundo jurisprudência igualmente assente, esse carácter distintivo deve ser apreciado, por um lado, em relação aos produtos ou aos serviços para os quais o registo foi pedido e, por outro, à luz da perceção que deles tem o público relevante (acórdãos, já referidos, Procter & Gamble/IHMI, n.º 33; Eurohypo/IHMI, n.º 67; e Audi/IHMI, n.º 34).

25 No caso de marcas compostas por sinais ou indicações que são igualmente utilizados como *slogans* publicitários, indicações de qualidade ou expressões destinadas a incitar a comprar os produtos ou os serviços visados por essas marcas, o seu registo não é excluído devido a essa utilização (acórdãos, já referidos, IHMI/Erpo Möbelwerk, n.º 41, e Audi/IHMI, n.º 35). A fim de apreciar o carácter distintivo de tais marcas, não há que aplicar às mesmas critérios mais estritos do que os que são aplicáveis a outros sinais (acórdãos, já referidos, IHMI/Erpo Möbelwerk, n.º 32, e Audi/IHMI, n.º 36).

26 Resulta, contudo, da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, se os critérios de apreciação do carácter distintivo das diversas categorias de marcas forem os mesmos, pode acontecer, no âmbito de aplicação desses critérios, que a perceção do público relevante não seja necessariamente a mesma em relação a cada uma destas categorias e que, portanto, seja mais difícil provar o carácter distintivo das marcas de determinadas categorias do que o de outras categorias (acórdãos, já referidos, Procter & Gamble/IHMI, n.º 36; IHMI/Erpo Möbelwerk, n.º 34; e Audi/IHMI, n.º 37).

27 Embora o Tribunal de Justiça não tenha excluído que esta jurisprudência possa, em certas condições, ser pertinente em relação a marcas nominativas constituídas por *slogans* publicitários, salientou todavia que as dificuldades que estas últimas poderiam comportar, devido à sua própria natureza, para

- a determinação do seu carácter distintivo e que é legítimo ter em conta não justificam o estabelecimento de critérios específicos que substituam ou derroguem o critério do carácter distintivo como interpretado na jurisprudência recordada nos n.ºs 23 e 24 do presente acórdão (acórdãos, já referidos, IHMI/Erpo Möbelwerk, n.ºs 35 e 36, e Audi/IHMI; n.º 38).
- 28 O Tribunal de Justiça declarou igualmente que não se pode exigir que um *slogan* publicitário tenha um «carácter de fantasia», ou mesmo um «campo de tensão conceptual, que tenha por consequência um efeito de surpresa que se possa, assim, recordar», para que se possa considerar que tem o carácter distintivo mínimo exigido pelo artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 (acórdãos, já referidos, IHMI/Erpo Möbelwerk, n.ºs 31 e 32, e Audi/IHMI, n.º 39).
- 29 Além disso, o Tribunal de Justiça considerou que, se é verdade que uma marca só possui carácter distintivo na medida em que permita identificar os produtos e serviços para os quais o registo é pedido como provenientes de uma determinada empresa, é forçoso concluir que o simples facto de uma marca ser entendida pelo público relevante como uma fórmula promocional e de, tendo em conta o seu carácter elogioso, poder, em princípio, ser utilizada por outras empresas não é por si só suficiente para concluir que esta marca é desprovida de carácter distintivo (acórdão Audi/IHMI, já referido, n.º 44).
- 30 A este respeito, o Tribunal de Justiça sublinhou, designadamente, que a conotação elogiosa de uma marca nominativa não exclui que esta seja, não obstante, apta a garantir aos consumidores a proveniência dos produtos ou dos serviços que designa. Assim, tal marca pode concomitantemente ser entendida pelo público relevante como uma fórmula promocional e uma indicação da origem comercial dos produtos ou dos serviços. Daqui se infere que, desde que o público entenda a marca como uma indicação desta origem, o facto de a mesma ser simultaneamente, ou até em primeira linha, apreendida como uma fórmula promocional não tem incidência no seu carácter distintivo (acórdão Audi/IHMI, já referido, n.º 45).
- 31 É à luz destes princípios que há que analisar a primeira parte do primeiro fundamento de recurso invocado pela Smart Technologies.
- 32 Importa considerar a este respeito, contrariamente ao que alega a Smart Technologies, que as conclusões a que chegou o Tribunal Geral no n.º 31 do acórdão recorrido não revelam a violação dos princípios estabelecidos, designadamente, no n.º 45 do acórdão Audi/IHMI, já referido, no qual o Tribunal de Justiça declarou que, desde que o público entenda a marca como uma indicação desta origem, o facto de a mesma ser simultaneamente, ou até em primeira linha, apreendida como uma fórmula promocional não tem incidência no seu carácter distintivo.
- 33 Embora a formulação utilizada pelo Tribunal Geral no n.º 31 do acórdão recorrido se distinga da do n.º 45 do acórdão Audi/IHMI, já referido, o Tribunal Geral confirmou, lido no seu contexto, que o carácter distintivo da marca requerida depende unicamente da questão de saber se esta é entendida, pelo público relevante, como uma indicação da origem comercial dos produtos e dos serviços em causa, embora admitindo que esta marca pode ser apreendida por este mesmo público simultaneamente como uma fórmula promocional e uma indicação da origem comercial.
- 34 Cabe sublinhar, a este propósito, que o Tribunal Geral não só se referiu expressamente, no n.º 29 do acórdão recorrido, aos elementos enunciados nos n.ºs 44 e 45 do acórdão Audi/IHMI, já referido, mas procedeu igualmente, nos n.ºs 32 e seguintes do seu acórdão, a uma análise do carácter distintivo da marca requerida baseando-se nesses elementos. Em especial, como resulta do n.º 40 do acórdão recorrido, esta análise levou o Tribunal Geral a concluir que o público relevante, confrontado com esta marca, não a apreenderá, além da informação promocional segundo a qual os produtos em causa simplificam a execução de uma tarefa complicada, como uma indicação de origem comercial específica.

- 35 Assim, decorre claramente da análise do Tribunal Geral que este chegou à conclusão de que a referida marca é desprovida de carácter distintivo não por ser uma fórmula promocional, mas por não ser apreendida pelo público relevante como uma indicação da origem comercial dos produtos e serviços visados.
- 36 Por conseguinte, a primeira parte do primeiro fundamento deve ser julgada improcedente.

Quanto à segunda parte do primeiro fundamento

— Argumentos das partes

- 37 A segunda parte do primeiro fundamento pode ser dividida em duas subpartes distintas. Na primeira, a Smart Technologies alega que o acórdão recorrido enferma de um erro de direito, uma vez que a subcategoria do «slogan», na qual o Tribunal Geral classificou a marca requerida, não figura nos regulamentos que regem o domínio das marcas comunitárias, uma vez que não é mencionada no artigo 4.º do Regulamento n.º 40/94. Na segunda, a recorrente alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao concluir, nos n.ºs 26 e 27 do acórdão recorrido, que o carácter distintivo dos *slogans* publicitários é, como para as marcas tridimensionais, mais difícil de provar do que o das demais categorias de marcas. A este respeito, a recorrente contesta designadamente a possibilidade, confirmada pelo n.º 35 do acórdão IHMI/Erpo Möbelwerk, já referido, de aplicar, por analogia, às marcas nominativas constituídas por *slogans* publicitários o raciocínio efetuado pelo Tribunal de Justiça no n.º 36 do acórdão Procter & Gamble/IHMI, já referido, segundo o qual o carácter distintivo de uma marca tridimensional poderia ser mais difícil de provar do que o de uma marca nominativa ou figurativa.
- 38 O IHMI alega, no que respeita à primeira subparte da segunda parte deste fundamento, que o Tribunal Geral não introduziu uma subcategoria de marcas relativa aos «slogans», mas referiu-se à marca nominativa em causa enquanto *slogan*, o que é de resto confirmado pelos n.ºs 24 e 29 do acórdão recorrido. Quanto à segunda subparte, o IHMI sustenta que há que declará-la manifestamente inadmissível, porque a conclusão do Tribunal Geral, no n.º 27 do referido acórdão, constitui uma citação literal do n.º 35 do acórdão IHMI/Erpo Möbelwerk, já referido, que não pode consubstanciar um erro de direito.

— Apreciação do Tribunal

- 39 No que respeita à primeira subparte da segunda parte do primeiro fundamento, importa começar por reconhecer que, contrariamente ao que alega a Smart Technologies, o Tribunal Geral, ao qualificar a marca requerida de *slogan*, não criou uma subcategoria especial ou mesmo separada da categoria dos outros sinais nominativos. Pelo contrário, ao proceder a essa qualificação, o Tribunal Geral apenas afirmou que se trata, no caso em apreço, de um sinal nominativo, que, como é sublinhado designadamente no n.º 35 do acórdão recorrido, transmite ao público relevante uma mensagem elogiosa, isto é, como enunciado no n.º 37 do referido acórdão, que enaltece as qualidades dos produtos e dos serviços visados no pedido de marca.
- 40 Em seguida, a circunstância de o conceito de «slogan» não ser expressamente mencionado no Regulamento n.º 40/94 não demonstra que o Tribunal Geral tenha considerado os *slogans* publicitários como uma subcategoria de marcas. Com efeito, o artigo 4.º deste regulamento, ao enumerar os tipos de sinais suscetíveis de constituir uma marca na aceção deste, não tinha minimamente por objeto estabelecer ou definir diferentes categorias de marcas que seriam constituídas por estes sinais. O conceito de «slogan», como os conceitos de «sinal nominativo» ou de «marca nominativa», foi desenvolvido pela jurisprudência relativa à interpretação do referido regulamento, sem que os referidos *slogans* sejam considerados uma subcategoria especial de sinais

nominativos, isto é, como uma categoria distinta destes. Com efeito, o Tribunal de Justiça, em várias ocasiões, qualificou de *slogans* os sinais nominativos com uma conotação elogiosa (v., a este respeito, designadamente, acórdãos de 4 de outubro de 2001, Merz & Krell, C-517/99, Colet., p. I-6959, n.ºs 39 e 40; IHMI/Erpo Möbelwerk, já referido, n.ºs 35, 36, 41 e 44; e Audi/IHMI, já referido, n.ºs 56, 58 e 59).

- 41 Por último, embora o Tribunal Geral tenha caracterizado a marca requerida de *slogan* publicitário, há que reconhecer em todo o caso que não utilizou, para apreciar o seu carácter distintivo, critérios diferentes dos usados para outros sinais nominativos. Pelo contrário, como resulta claramente do n.º 25 do acórdão recorrido, lido em conjugação com os n.ºs 24 e 28 deste, o Tribunal Geral considerou que não havia que aplicar aos *slogans* critérios mais estritos do que os aplicáveis a outros sinais.
- 42 Resulta do exposto que a primeira subparte da segunda parte do primeiro fundamento deve ser julgada improcedente.
- 43 No que respeita à segunda subparte do mesmo fundamento, importa referir que, embora o Tribunal Geral, nos n.ºs 26 e 27 do acórdão recorrido, tenha citado a jurisprudência do Tribunal de Justiça recordada nos n.ºs 26 e 27 do presente acórdão, segundo a qual não está excluído que, em certas condições, possa ser mais difícil provar o carácter distintivo dos *slogans* publicitários, não deixa de ser verdade que, no quadro da análise concreta do carácter distintivo da marca requerida, não baseou a sua conclusão na presunção de que o carácter distintivo desse sinal é mais difícil de provar do que o dos demais sinais nominativos.
- 44 Consequentemente, a segunda subparte da segunda parte do primeiro fundamento, na qual a Smart Technologies põe em causa a jurisprudência relativa ao carácter distintivo dos sinais nominativos, deve ser julgada inoperante.

Quanto à terceira parte do primeiro fundamento

— Argumentos das partes

- 45 Na terceira parte do seu primeiro fundamento, a Smart Technologies alega que, no presente caso, é suficiente um carácter distintivo mais reduzido do que o exigido em geral para permitir o registo da marca requerida, dado que o público relevante é um público especializado, cujo nível de atenção e de conhecimento é superior ao do consumidor médio. Sustenta que o facto de ser a única utilizadora dessa marca, como demonstrou uma pesquisa efetuada na Internet, prova que esta marca é suficientemente original para ultrapassar este nível reduzido de carácter distintivo e que é suscetível de a identificar como estando na origem dos produtos e dos serviços visados.
- 46 O IHMI alega que a Smart Technologies procura, nesta parte do primeiro fundamento, pôr em causa a apreciação dos factos feita pelo Tribunal Geral. Dado que a recorrente não invocou a desvirtuação dos factos e dos elementos de prova, a qual, portanto, não pode ser apreciada no caso vertente, segundo o IHMI, há que declarar a terceira parte do primeiro fundamento manifestamente inadmissível.

— Apreciação do Tribunal

- 47 Relativamente à terceira parte do primeiro fundamento, importa começar por recordar que o Tribunal Geral concluiu, no n.º 33 do acórdão recorrido, que o público relevante é constituído por um público germanófono especialista em informática, cujo nível de conhecimento e de atenção neste domínio é superior ao do grande público.

- 48 A este respeito, importa assinalar que o facto de o público relevante ser especializado não pode ter uma influência determinante nos critérios jurídicos utilizados para a apreciação do carácter distintivo de um sinal. Embora seja verdade que o grau de atenção do público relevante é, por definição, mais elevado do que o do consumidor médio, daí não resulta necessariamente que, quando o público relevante é especializado, seja suficiente um carácter distintivo mais reduzido do sinal.
- 49 Com efeito, como resulta de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, para apreciar se uma marca é ou não desprovida de carácter distintivo, há que ter em consideração a impressão de conjunto que produz (v., designadamente, acórdãos Procter & Gamble/IHMI, já referido, n.º 44; de 30 de junho de 2005, Eurocermex/IHMI, C-286/04 P, Colet., p. I-5797, n.º 22; e de 25 de outubro de 2007, Develey/IHMI, C-238/06 P, Colet., p. I-9375, n.º 82).
- 50 Ora, este princípio poderia ser posto em causa se o patamar do carácter distintivo de um sinal nominativo dependesse, de uma maneira geral, do grau de especialização do público relevante.
- 51 Em todo o caso, no que respeita à questão de saber se a marca requerida atingiu o patamar do carácter distintivo, deve sublinhar-se que as conclusões relativas à atenção, à perceção ou à atitude do público relevante fazem parte do domínio das apreciações de natureza factual (v., neste sentido, acórdão de 4 de outubro de 2007, Henkel/IHMI, C-144/06 P, Colet., p. I-8109, n.º 51; despachos de 9 de julho de 2010, The Wellcome Foundation/IHMI, C-461/09 P, n.º 20, e de 21 de março de 2012, Fidelio/IHMI, C-87/11 P, n.º 66).
- 52 Ora, nos termos dos artigos 256.º, n.º 1, TFUE e 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, o recurso de uma decisão do Tribunal Geral está limitado às questões de direito. Por conseguinte, o Tribunal Geral é o único competente para apurar e apreciar os factos pertinentes, bem como para apreciar os elementos de prova. A apreciação destes factos e elementos de prova não constitui, portanto, exceto em caso de desvirtuação dos mesmos, uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral (v., designadamente, acórdãos de 18 de dezembro de 2008, Les Éditions Albert René/IHMI, C-16/06 P, Colet., p. I-10053, n.º 68; de 2 de setembro de 2010, Calvin Klein Trademark Trust/IHMI, C-254/09 P, Colet., p. I-7989, n.º 49; e de 10 de novembro de 2011, LG Electronics/IHMI, C-88/11 P, n.º 36).
- 53 Tal desvirtuação deve resultar de forma manifesta dos elementos dos autos, sem que seja necessário proceder a uma nova apreciação dos factos e das provas (v., designadamente, acórdãos, já referidos, Les Éditions Albert René/IHMI, n.º 69; Calvin Klein Trademark Trust/IHMI, n.º 50; e LG Electronics/IHMI, n.º 37).
- 54 Não tendo a recorrente fornecido elementos que permitam considerar que o Tribunal Geral desvirtuou os factos ao proceder à apreciação do carácter distintivo da marca requerida, há que julgar a terceira parte do primeiro fundamento inadmissível.

Quanto ao segundo fundamento, relativo a uma constatação de factos pelo Tribunal Geral na falta de provas

Argumentos das partes

- 55 Com o seu segundo fundamento, a Smart Technologies alega que o Tribunal Geral confirmou, no n.º 41 do acórdão recorrido, certas constatações de facto da Câmara de Recurso que não foram sustentadas por provas, designadamente o facto, qualificado pelo Tribunal Geral de notório, de que os consumidores não atribuem valor de marca a mensagens publicitárias. Todavia, a recorrente considera que resulta do n.º 59 do acórdão Audi/IHMI, já referido, que os consumidores podem efetivamente

presumir a origem dos produtos com base em *slogans*. Por conseguinte, entende que não é possível considerar notório o facto de os consumidores não poderem apreender mensagens publicitárias como constituindo marcas.

- 56 O IHMI sustenta que, de facto, é notório que os consumidores têm o hábito de ver mensagens publicitárias breves, compactas e enérgicas e que tais mensagens são, antes de tudo, entendidas como uma afirmação publicitária elogiosa à qual não atribuem, em princípio, valor de marca. Por outro lado, o IHMI não nega que essas mensagens possam ser apreendidas como designando a origem dos produtos, desde que não sejam expressões puramente promocionais e elogiosas, desprovidas de carácter distintivo, ou que tenham adquirido carácter distintivo pelo uso. É o que, segundo o IHMI, acontece no acórdão Audi/IHMI, já referido, no qual está em causa um *slogan* conhecido, diversamente do que é objeto do presente litígio.

Apreciação do Tribunal

- 57 Relativamente ao segundo fundamento invocado pela Smart Technologies em apoio do seu recurso, importa recordar que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, o facto de o Tribunal Geral ter ou não considerado notórios os factos em que a Câmara de Recurso do IHMI baseou a sua decisão constitui uma apreciação de natureza factual que, salvo em caso de desvirtuação, está excluída da fiscalização do Tribunal de Justiça em sede de recurso de uma decisão do Tribunal Geral (v. acórdão de 22 de junho de 2006, *Storck/IHMI*, C-25/05 P, Colet., p. I-5719, n.º 53; despachos de 3 de junho de 2009, *Zipcar/IHMI*, C-394/08 P, n.º 42, e de 15 de janeiro de 2010, *Messer Group/Air Products and Chemicals*, C-579/08 P, n.º 37).
- 58 Na medida em que a Smart Technologies alega que o Tribunal Geral rejeitou, no n.º 41 do acórdão recorrido, o seu argumento segundo o qual a Câmara de Recurso procedeu a certas constatações de facto sem sustentá-las em provas, basta salientar que, ao invocar esse fundamento no âmbito do seu recurso, põe em causa conclusões de natureza factual que são da competência exclusiva do Tribunal Geral.
- 59 Não tendo sido alegada uma desvirtuação dos factos nem dos elementos de prova submetidos ao Tribunal Geral no que diz respeito às referidas conclusões, há que declarar inadmissível o segundo fundamento invocado pela Smart Technologies em apoio do seu recurso.
- 60 Resulta das considerações precedentes que nenhum dos fundamentos de recurso invocados pela Smart Technologies é procedente e, como tal, deve ser negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

- 61 Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, aplicável aos recursos de decisões do Tribunal Geral por força do artigo 118.º do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo o IHMI pedido a condenação da Smart Technologies e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quinta Secção) decide:

- 1) **É negado provimento ao recurso.**
- 2) **A Smart Technologies ULC é condenada nas despesas.**

Assinaturas