CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 14 de Julho de 2005 [1]

1. Com o presente recurso é impugnado o acórdão do Tribunal de Primeira Instância proferido em 28 de Janeiro de 2004 [2], que confirmou a recusa da Segunda Câmara de Recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (a seguir, «IHMI») em registar oito formas tridimensionais de bolsas para bebidas que se mantêm na vertical, com a intenção de identificar bebidas e sumos de frutas.

I — O Regulamento sobre a marca comunitária

2. Está novamente em discussão a capacidade distintiva dos sinais tridimensionais e, por conseguinte, a interpretação do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento sobre a marca comunitária [3]. A maior parte dos fundamentos do recurso suscitam temas já analisados, atentamente, na jurisprudência comunitária, com excepção do que diz respeito à delimitação espacial e objectiva das circunstâncias no momento de verificar a aptidão de um sinal de três dimensões para cumprir a função essencial desta modalidade da propriedade industrial.

3. O Regulamento n.º 40/94 contém as disposições cuja aplicação se revela necessária para a resolução do recurso.

4. Nos termos do artigo 4.º, consideram-se marcas comunitárias «todos os sinais susceptíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, algarismos, e a forma do produto ou do seu acondicionamento, desde que esses sinais sejam adequados para distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas».

1 — Língua original: espanhol.

2 — Acórdão de 28 de Janeiro de 2004, Deutsche SiSi-Werke/IHMI (processos apensos T-146/02 a T-153/02, Colect., p. II-447).

3 — Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1), alterado pelo Regulamento (CE) n.º 3288/94 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, com vista à aplicação dos acordos concluídos no âmbito do «Uruguay Round» (JO L 349, p. 83).

5. O artigo 7.º, n.º 1, intitulado «Motivos absolutos de recusa», obriga a recusar o registo:

«a) Dos sinais que não estejam em conformidade com o artigo 4.º;

b) De marcas desprovidas de carácter distintivo;

c) De marcas compostas exclusivamente por sinais ou indicações que possam servir, no comércio, para designar a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino, o valor, a proveniência geográfica ou a época de fabrico do produto ou da prestação do serviço, ou outras características destes;

[...]

e) De sinais exclusivamente compostos:

i) Pela forma imposta pela própria natureza do produto; ou

ii) Pela forma do produto necessária para obter um resultado técnico; ou

iii) Pela forma que confere um valor substancial ao produto

[...]»

6. O n.º 3 do referido artigo prevê que as alíneas b), c) e d) do n.º 1 não são aplicáveis «se, na sequência da utilização da marca, esta tiver adquirido um carácter distintivo para os produtos ou serviços para os quais foi pedido o registo.»

II — Antecedentes do recurso

A — *Factos do litigio no Tribunal de Primeira Instância*

7. Em 8 de Julho de 1997 a Deutsche SiSi-Werke GMBH & Co. Betriebs KG (a seguir, «SiSi-Werke») apresentou no IHMI oito pedidos de marca comunitária, para produtos incluídos nas classes 1, 3, 5, 6, 16, 20, 29, 30, 32, 33, 39 e 40 do Acordo de Nice, relativo à Classificação Internacional dos Produtos e dos Serviços para o registo de marcas, de 15 de Junho de 1957.

8. Os pedidos referem-se a diferentes formas de bolsas para bebidas que se mantêm na vertical, individualizadas pelo seu volume bombeado e fundo alargado com uma face triangular ou oval, nalguns casos com concavidades laterais.

9. Por decisões de 24 e 27 de Setembro de 1999, o examinador do IHMI rejeitou os oito registos, nos termos do artigo 38.º do Regulamento n.º 40/94, por falta de carácter distintivo.

10. Em 11 de Novembro de 1999 SiSi-Werke, nos termos do artigo 59.º do referido Regulamento, interpôs recursos das referidas decisões, limitando o seu pedido às classes 32 e 33. Por decisão de 28 de Fevereiro de 2002, a Segunda Câmara de Recurso negou-lhes provimento, por entender que os consumidores não reconheciam nas marcas pedidas qualquer indicação da sua origem comercial, mas apenas uma forma de acondicionamento, acrescentando que, no interesse dos concorrentes ou dos fabricantes de embalagens e de bebidas, essas embalagens não deveriam ser objecto de monopólio.

11. Esgotada a via administrativa e antes de actuar judicialmente, a recorrente, em requerimento de 6 de Maio de 2002, limitou a reclamação aos seguintes produtos da classe 32: «bebidas à base de sumo de frutas e sumos de frutas».

B — *O acórdão recorrido*

12. Interpostos os recursos de anulação das referidas decisões de 28 de Fevereiro de 2002, e uma vez apensos, foi-lhes negado provimento no acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Janeiro de 2004, agora recorrido.

13. O acórdão do Tribunal de Primeira Instância define o objecto da discussão em função da recusa de 6 de Maio de 2002 (n.os 11 e 12) e limita a análise jurídica à alínea b) do artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º40/94, deixando à margem a alínea c), também invocada nos pedidos (n.os 13 a 15).

14. Com base nos acórdãos do próprio Tribunal de Primeira Instância de 2 de Julho de 2002, SAT.1/IHMI (SAT.2) [4], e de 5 de Março de 2003, Unilever/IHMI [5], indica, no n.º 31, que o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), refere as marcas que, do ponto de vista dos destinatários, são comummente utilizadas para apresentar os produtos ou os serviços em causa.

15. Depois de recordar, no n.º 33, que o carácter distintivo de um sinal apenas pode ser apreciado, por um lado, por referência aos produtos ou aos serviços relativamente aos quais o registo é solicitado e, por outro, por referência à percepção que dele têm os seus destinatários, o acórdão constata, no n.º 36, que, no caso controvertido, os produtos são sumos de frutas e os destinatários são os consumidores finais.

16. De seguida, destaca as particularidades da percepção por parte do público de um sinal tridimensional constituído pela aparência do próprio produto e, verificando que a embalagem de um líquido é um imperativo para a sua comercialização, entende que o consumidor médio lhe atribuirá, em primeiro lugar, uma simples função de acondicionamento, só podendo ser admitida como marca se for imediatamente apreendida como uma indicação da sua origem comercial (n.os 37 e 38).

17. De acordo com os critérios anteriores, o acórdão refere que a comprovação efectuada pelo IHMI em alguns sítios da Internet demonstra que as bolsas em causa se destinam em todo o mundo a acondicionar bebidas e, em especial, sumos de frutas, sendo utilizadas na Comunidade para os líquidos alimentares. As bolsas destinam-se, pois, comummente a essa classe de produtos, não possuindo um carácter suficientemente inabitual para que os consumidores lhes atribuam uma origem particular (n.os 40 a 42).

18. Nos n.os 44 a 52 do acórdão são analisadas as formas tridimensionais reclamadas pela SiSi-Werke relativamente à aparência genérica de uma bolsa que se mantém na vertical, afirmando-se que constituem meras variantes dessa aparência, sem que as suas especificidades, avaliadas globalmente, proporcionem no seu todo uma diferença relevante com o aspecto comum de uma embalagem idêntica, além de que o consumidor médio parece incapaz de memorizar a associação dos diferentes elementos do desenho aptos para singularizar o resultado.

19. O acórdão indefere o pedido da recorrente com um segundo argumento, baseado no risco de monopolização que implicaria o registo das formas tridimensionais controvertidas, mesmo quando o interesse dos concorrentes do requerente de uma marca em poderem escolher livremente a forma dos seus produtos não deva ser motivo de recusa da inscrição nem critério para determinar o

4 — Processo T-323/00, Colect., p. II-2839.

5 — Processo T-194/01, Colect., p. II-383.

carácter distintivo do sinal (n.º 32); considera, portanto, justificado que a Câmara de Recurso do IHMI assim o considerasse e confirma que as bolsas controvertidas não têm o referido carácter (n.º 54).

Depois de enumerar as causas da sua discordância, que são cinco, desfia, desordenadamente, um arrazoado de argumentos, sem precisar o fundamento a que se referem, obrigando o Tribunal de Justiça a executar uma complexa operação para descobrir o verdadeiro sentido da impugnação.

III — O processo no Tribunal de Justiça

20. O recurso de SiSi-Werke deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 8 de Abril de 2004; foi contestado pelo IHMI em 28 de Junho seguinte; houve réplica, apresentada por escrito em 22 de Outubro, não tendo sido apresentada tréplica.

21. A audiência, celebrou-se em 16 de Junho de 2004, com a presença dos representantes de ambas as partes.

IV — Análise dos fundamentos do recurso

22. A recorrente alega três fundamentos, relativos à interpretação do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, num requerimento insuficientemente estruturado.

A — *Quadro de referência para apreciar o carácter distintivo dos sinais (primeira parte do primeiro fundamento)*

23. A SiSi-Werke acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter feito confusão ao demarcar o sector dos produtos de recipientes que se tem de considerar para apreciar o carácter distintivo das marcas, ao ter elegido as formas de embalagem existentes no mercado mundial para os líquidos alimentares em geral. Na opinião da recorrente, o âmbito espacial deveria reduzir-se ao território comunitário e o material aos recipientes de bebidas e sumos de fruta.

24. Na realidade, a recorrente quer esclarecer se, para avaliar a capacidade diferenciadora desse tipo de símbolos, se terá de recorrer unicamente à aparência dos invólucros específicos para os produtos a que se referem ou à dos produtos similares. Esta última opção é a mais adequada.

25. A forma de um produto ou do seu acondicionamento pode constituir uma marca, desde que, em conformidade com o artículo 4° do Regulamento n.° 40/94, esses sinais sejam susceptíveis de representação gráfica e cumpram a função individualizadora própria desta figura jurídica [6].

26. A ausência dessa capacidade obriga a recusar o registo ou a anular a inscrição já efectuada, segundo os artigos 7.°, n.° 1, alínea b), 38.°, n.° 1, e 51.°, n.° 1, alínea a), do referido Regulamento.

27. O «carácter distintivo» revela-se, pois, como um conceito jurídico indeterminado que tem em consideração a função essencial desta propriedade especial, a de garantir ao consumidor ou ao utilizador final a origem de um objecto ou de um serviço, facilitando a sua identificação sem risco de confusão com os de outra procedência. Por conseguinte, esse conceito significa que a marca terá de ser idónea para identificar esse produto, atribuindo aos bens que representa uma origem empresarial inequívoca [7].

28. A realização dessa ideia imprecisa num caso especial exige que sejam analisados dois elementos complementares. Por um lado, devem ser apreciados os efeitos ou as prestações para os quais o sinal foi pedido e, por outro a sua percepção pelos destinatários, tendo como padrão o consumidor médio, normalmente informado, razoavelmente atento e advertido [8].

29. Tais critérios de apreciação não variam [9], mas não há dúvida de que na sua avaliação pesa de modo decisivo a índole da indicação. Parece evidente que a intensidade e o alcance da recepção de uma mensagem pelo ser humano dependem da sua natureza e do sentido através do qual ela é percebida [10]; no caso da visão, não é igual a observação de uma figura bidimensional e a de um objecto com três dimensões.

30. A diferença aumenta se esta última representação for a forma de um produto

6 — V., acórdãos de 18 de Junho de 2002, Philips (C-299/99, Colect., p. I-5475, n.° 73); de 8 de Abril de 2003, Linde e o. (processos apensos C-53/01 a C-55/01, Colect., p. I-3161, n.° 38); e de 12 de Fevereiro de 2004, Henkel (C-218/01, Colect., p. I-5089, n.° 29), que interpretam a Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, Primeira Directiva relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO L 40 de 1989, p. 1).

7 — Com idênticas palavras se expressam os acórdãos Henkel, n.° 30, e Linde e o., n.° 40, já referidos. Pode também ser consultado o acórdão de 23 de Setembro de 2004, Procter & Gamble (C-107/03 P, ainda não publicado na Colectânea, n.° 28).

8 — Acórdãos já referidos Linde e o., n.° 41, e Procter & Gamble, n.° 29. No mesmo sentido foi proferido o acórdão de 7 de Outubro de 2004, Mag Instrument (C-136/02 P, ainda não publicado na Colectânea, n.° 19).

9 — Assim foi decidido nos acórdãos Philips, n.° 48, e Linde e o., n.° 42, reiteradamente citados.

10 — As conclusões do processo em que foi proferido o acórdão de 12 de Dezembro de 2002, Shieckmann (C-273/00, Colect., p. I-11737), deram-me a oportunidade de analisar a capacidade de apreensão dos diferentes sentidos corporais (n.os 22 e segs.).

ou a sua embalagem [11], porque, tratando-se de um volume, desprovido de qualquer elemento gráfico ou textual, a ponderação do seu carácter distintivo afigura-se mais difícil, já que os consumidores médios não têm o costume de inferir a origem de uma mercadoria da sua aparência [12].

31. Nestas circunstâncias, a acusação da SiSi-Werke seria pertinente se não estivesse baseada numa análise muito simplista da jurisprudência do Tribunal de Justiça. É óbvio que se têm de analisar os produtos e os serviços para os quais é pedido o registo — não só os especialmente afectados, mas também os que pertencem a igual classe, tipo ou género, isto é, os que, ao serem distribuídos por canais idênticos e dirigidos aos mesmos consumidores, podem, ao serem escolhidos, entrar em conflito.

32. Nas conclusões de 18 de Janeiro de 2001, proferidas no processo Merz & Krell [13], apelando à natureza instrumental dos direitos que a titularidade de uma marca confere, propus que, para apreciar a sua capacidade diferenciadora, se terá de ter em consideração «a percepção que tem o consumidor médio do tipo de produto ou do serviço em causa» (n.os 44 e 43). Aliás, nas conclusões do caso Ansul, datadas de 2 de Julho de 2002 [14], assinalei que esta propriedade especial requer a união entre o sinal e o bem que ele representa, para, mediante a sua apreensão pelos clientes e a identificação entre um e outro, ser criado um espaço no mercado (n.º 64). Daí que, para decidir se tem carácter distintivo e, por conseguinte, se cumpre o seu objectivo principal, seja importante considerar a estrutura do sector e os canais de comercialização. Mencionava nas referidas conclusões Ansul, a título de exemplo, que a exploração de uma marca de conservas alimentares nada tem que ver com a de uma marca para componentes electrónicos de sistemas de informação.

33. Assim, com o objectivo de verificar se a indicação do lugar de fabrico é adequada para diferenciar, convém observar a gama de artigos com os que o destinatário se defrontará ao fazer a sua escolha; neste contexto, parece lógico entender que, no caso da forma de um recipiente para bebidas e sumos de frutas, seja delimitado o campo de apreciação por referência aos alimentos em estado

11 — Nas conclusões de 14 de Janeiro de 2003, no processo em que foi proferido o acórdão Henkel, já referido, expliquei que, no caso dos líquidos, como também se verifica com os gases e com determinadas matérias granuladas ou altamente inconsistentes, não tendo tamanho e figura definidos, a embalagem confunde-se com o produto, pois o acondicionamento é a única forma perceptível pelo consumidor, susceptível de representação (n.º 12). O referido acórdão acolheu esta tese, indicando que, em tais casos, a embalagem elegida confere a sua forma ao produto, pelo que deve identificar-se com este último (n.º 33).

12 — Acórdãos Procter & Gamble, n.º 50; e Mag Instrument, n.º 30. No entanto, o anterior não supõe que, como manteve nas conclusões do processo em que foi proferido o acórdão Linde e o., lidas em 24 de Outubro de 2002, o exame do carácter distintivo das marcas tridimensionais seja mais restrito e severo que o de qualquer outro tipo de sinais (o n.º 46 do acórdão manifesta-se de forma parecida).

13 — O acórdão foi proferido em 4 de Outubro de 2001 (C-517/99, Colect., p. I-6959).

14 — Neste caso o acórdão é de 11 de Março de 2003 (C-40/01, Colect., p. I-2439).

líquido que, dirigindo-se a um mesmo tipo de consumidor e sendo distribuído por idênticos circuitos, são adequados para verificar as virtualidades de um sinal no momento de singularizar uma mercadoria. A tese reducionista da SiSi-Werke é absurda, já que a limitação do exame aos elementos que se pretende simbolizar tornaria impossível discernir se a marca desempenha correctamente o papel de identificar os produtos em função da sua origem empresarial.

34. O IHMI observa com acerto que quando uma pessoa habituada a um tipo especial de recipiente para uma dada mercadoria, se depara, pela primeira vez, com o mesmo tipo de recipiente para outra, pensará que se trata de uma modalidade de embalagem e não da indicação da sua origem, pelo que não seria legítimo averiguar a impressão dos consumidores verificando de modo exclusivo os recipientes utilizados para a categoria de bens abrangida pelo pedido de registo.

35. No que respeita à delimitação geográfica, a acusação da recorrente carece também de fundamento, porquanto, embora a sua limitação ao território da Comunidade seja pertinente para verificar se existe o risco de confusão entre duas marcas comunitárias, para efeito do motivo relativo de recusa do registo do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, já não se justifica quando se pretende verificar o potencial diferenciador abstracto de um sinal.

36. Em suma, nenhuma regra jurídica obrigava o Tribunal de Primeira Instância a fazer a apreciação nos termos sugeridos pela SiSi-Werke, o que exclui qualquer erro de direito na sua decisão.

B — *A qualificação das bolsas como «formas básicas» (segunda parte do primeiro fundamento)*

37. A recorrente alega também que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um equívoco jurídico, ao definir as bolsas em causa como «formas geométricas básicas», por a SiSi-Werke ser a única empresa que as lançou no mercado europeu dos sumos de frutas, não podendo ser consideradas como o paradigma dos recipientes para a referida classe de bebidas. Considera incorrecta a recusa do seu carácter distintivo, baseada no argumento de que se utilizam comummente no comércio para essas bebidas, pois, com essa premissa, recusa-se o registo ao abrigo do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, defendendo um interesse geral que lhe é alheio e que corresponde à alínea c) do mesmo preceito.

38. Este fundamento é inadmissível, na medida em que ataca as considerações dos n.os 46 e seguintes do acórdão sobre as formas reivindicadas e as suas características,

ao pretender que o Tribunal de Justiça se imiscua numa área que lhe está vedada, a da apreciação da prova, aspecto alheio a este meio especial de impugnação das decisões judiciais.

39. A acusação também não tem relevância de maior se se reconhecer, como preconiza a SiSi-Werke, que o Tribunal de Primeira Instância nega a capacidade identificadora das formas reivindicadas, pelo facto de se poderem usar com frequência para os sumos de frutas, já que esta afirmação, vertida no n.º 41, *in fine*, do acórdão, não questiona a referida capacidade a partir de um inusitado interesse geral do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do referido Regulamento [15], mas, se se ler cuidadosamente o acórdão, observa-se que o seu alcance adquire outra dimensão.

40. Com efeito, essa afirmação apoia-se no argumento que pretende justificar o âmbito objectivo escolhido para avaliar a virtualidade diferenciadora, explicando que, ao utilizar-se normalmente na embalagem de líquidos alimentares, o sinal carece da necessária especificidade para permitir ao consumidor médio apreendê-lo como revelador de uma origem comercial particular (n.º 42). Aliás, este problema relaciona-se com o fundamento seguinte do recurso, em que é analisado se as marcas solicitadas se afastam suficientemente do desenho elementar de uma bolsa para sumos que se mantêm na vertical.

41. Em suma, o Tribunal de Primeira Instância não nega o carácter distintivo mediante a invocação do interesse dos concorrentes em evitar que se monopolizem determinadas formas, como exponho mais à frente ao analisar o último fundamento do recurso, mas alude ao uso comum no mercado dos recipientes em causa, com o propósito de sublinhar as dificuldades de um comprador no momento de os identificar como representativos de produtos específicos. Por conseguinte, este segundo aspecto do primeiro fundamento de anulação deve também ser considerado improcedente.

C — *O suposto maior rigor para com as marcas tridimensionais (primeira parte do segundo fundamento)*

42. A SiSi-Werke lamenta que o acórdão recorrido fixe uma fasquia tão elevada para que as marcas tridimensionais relativas à embalagem de um produto alcancem força diferenciadora, enquanto que, nas bidimen-

15 — Recorde-se que o interesse geral varia segundo o motivo absoluto de recusa que se aplique (acórdão de 29 de Abril de 2004, Henkel/IHMI, processos apensos C-456/01 P e C-457/01 P, Colect., p. I-5089, n.ºs 45 e 46), não podendo interpretar-se o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento como proibição de registo das marcas susceptíveis de serem vulgarmente utilizadas no comércio para os serviços ou os produtos em causa, critério que corresponde à alínea c) do mesmo artigo (acórdão de 16 de Setembro de 2004, SAT.1/IHMI, C-329/02 P, igualmente ainda não publicado na Colectânea, n.º 36).

sionais, os sinais que divergem ligeiramente das figuras geométricas simples são registados. Na sua opinião, o Tribunal de Primeira Instância, ao não decidir deste modo, viola o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94.

43. Esta acusação está também destinada ao fracasso. Certamente, já o referi, a aptidão individualizadora de uma marca examina-se com os mesmos critérios, qualquer que seja a sua índole, o que não impede que, dada a sua especial natureza, a avaliação se complique relativamente a alguns sinais, como os de três dimensões (n.os 29 e 30 destas conclusões) [16], porque, também já o indiquei, os consumidores médios não têm o costume de inferir a origem do produto que lhes é oferecido baseando-se na sua forma, com total abstracção de qualquer elemento gráfico ou textual.

44. Nestas circunstâncias, quanto mais a forma cujo registo como marca é pedido se aproximar da forma que terá o produto em causa, mais se reduzirá o seu carácter distintivo [17]. O recipiente de um líquido reflecte a sua imagem, de modo que a forma de um recipiente não é adequada para definir uma marca, sem que as simples variantes da forma habitual sejam suficientes para lhe conceder uma virtualidade diferenciadora, verificando-se unicamente que o consumidor distingue a mercadoria, sem proceder a uma análise ou a uma comparação nem demonstrar uma particular atenção [18].

45. Nesta tarefa é aconselhável recorrer à experiência, recuperando princípios empíricos para confrontar as formas e os recipientes existentes no mercado, de modo que o aparecimento de um no comércio seria um critério válido para julgar o seu carácter distintivo [19], visto que o seu grau de difusão pode afectar a sensibilidade dos consumidores, que, para esta classe de sinais, não parece particularmente alta [20], sobretudo se disserem respeito a produtos da vida quotidiana cujo aspecto se diferencia muito pouco do de géneros idênticos, situação em que o consumidor se dirige mais para a etiquetagem do que para as formas [21]. De igual modo, é importante a avaliação dos recipientes comummente utilizados ou a de certas formas básicas, o que não implica fixar critérios mais restritos para este tipo de marcas, mas ponderar as suas especificidades.

16 — Ströbele, P.: *Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2001, p. 665, refere que não há nenhuma base legal para alterar as regras que determinam o carácter distintivo de produtos e recipientes tridimensionais.

17 — Acórdão Mag Instrument, já referido, n.os 31 e 32.

18 — Acórdão referido na nota anterior, n.º 32.

19 — Pollaud-Dulian, F.: «Les marques tridimensionnelles en droit communautaire», en *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, números 8-9 (2003), p. 712,e Hetzelt, N.: *Dreidimensionale Marken — Freihaltebedürftigkeit, Unterscheidungskraft und Schutzumfang*, Colónia 2004, p. 146.

20 — Hetzelt, N., *op.cit.*, na nota anterior, p. 141.

21 — Ströbele, P.: *op.cit.*, p. 666, e Ketzelt, N., *op. cit.*, p. 146.

46. A análise efectuada no acórdão corresponde aos referidos critérios, ao assinalar que as bolsas em causa se destinam vulgarmente ao comércio de líquidos alimentares em geral, entre os quais se encontram as bebidas como os sumos de frutas, o que impede o consumidor médio de entender o recipiente como indicador da origem comercial da mercadoria. Aliás, a sociedade recorrente propõe desenhos que correspondem à imagem genérica desse tipo de embalagem, contendo elementos pouco relevantes para que o público pertinente os memorize. De seguida, o acórdão analisa os três componentes que contêm diferenças visualmente perceptíveis: as formas essenciais das bolsas (rectangular, oval, triangular), as concavidades laterais e o aspecto metálico, submetendo-as, simultaneamente, a uma análise individual e a uma análise de conjunto [22] (n.os 41, 42 e 46 a 52).

47. O Tribunal de Primeira Instância recorre, pois, a fontes de informação adequadas que, objectivamente, não põem em causa a legalidade da metodologia adoptada, tendo em consideração factores, como a classe de produto e a complexidade do desenho, que se adaptam aos parâmetros referidos, sem que, neste ponto, a sua decisão mereça qualquer censura, devendo julgar-se improcedente a acusação da recorrente.

48. Finalmente, este fundamento terá de ser rejeitado, na medida em que põe em causa as apreciações da matéria de facto realizadas nos referidos números do acórdão recorrido, pois, como já referi, a natureza do recurso exclui a revisão da matéria de facto fixada em primeira instância.

D — *A falta de fundamentação (segunda parte do segundo fundamento)*

49. A recorrente alega que o IHMI e alguns organismos nacionais registaram marcas como as que estão aqui em causa para produtos do mesmo sector comercial, pelo que, nestas circunstâncias, o Tribunal de Primeira Instância e o próprio IHMI estariam obrigados a justificar a sua falta de aptidão para desempenhar a função essencial deste tipo de propriedade intelectual.

50. A apreciação deste fundamento varia consoante o registo anterior de sinais idênticos tenha acontecido num sistema nacional ou na ordem jurídica comunitária.

51. No primeiro contexto, a solução surge, de forma implícita, no acórdão Henkel, C-218/01, várias vezes referido, que, nos n.os 63 e 64, indica que o registo de uma

22 — O acórdão de 11 de Novembro de 1997, Sabel/Puma (C-251/95, Colect., p. I-.6191, n.º 23), ao analisar duas marcas para verificar se contêm semelhanças rejeitáveis, adoptou um método idêntico, mencionando a impressão de conjunto causada pela marca, tendo em conta os seus elementos distintivos e dominantes.

marca num Estado-Membro para determinados produtos não implica conceder ou recusar noutro Estado-Membro a inscrição de outra marca igual ou semelhante para produtos iguais ou parecidos.

52. Esta argumentação, que resulta, como sublinhei nas conclusões do referido processo (n.º 24), da ausência de vínculos orgânicos entre os regimes estatais, que não estão obrigados a alcançar resultados idênticos [23], aplica-se também quando a relação se estabelece entre o IHMI e um organismo nacional, pelo que as decisões adoptadas no âmbito interno dos Estados-Membros não são imperativas em Alicante.

53. O registo de uma marca submete-se aos modelos específicos aplicáveis em circunstâncias concretas, de modo que um sinal adequado a diferenciar num determinado território pode não servir para essa função se a delimitação espacial variar.

54. Tal é a resposta do n.º 56 do acórdão recorrido, quando declara que os registos efectuados nos Estados-Membros «constituem elementos que, sem ser determinantes, apenas podem ser tomados em consideração para efeitos de registo de uma marca comunitária», acrescentando que «a Câmara de Recurso teve devidamente em conta tais registos nacionais ao precisar que estes não a levavam a alterar a sua apreciação». Verifica-se, pois, por um lado, que o IHMI podia recusar legitimamente esses vários precedentes sem necessidade de o justificar e, por outro, que o Tribunal de Primeira Instância fundamentou a sua decisão.

55. No que se refere às inscrições procedentes de Alicante, o acórdão recorrido apresenta, no n.º 55, um raciocínio idóneo, ao precisar que, conforme a doutrina do próprio Tribunal de Primeira Instância, os antecedentes não vinculam, porque o carácter registável de um sinal deve ser apreciado em função da regulamentação em causa, sem respeitar uma prática anterior das Câmaras de Recurso. A recorrente mostrou estar de acordo com este comportamento.

56. Ainda que essa resposta fosse considerada insatisfatória, o defeito seria irrelevante, porque as inscrições a que alude a SiSi-

23 — Sem prejuízo de os efeitos harmonizadores parciais da Directiva sobre marcas imporem a interpretação das regulamentações internas à luz da letra e da finalidade desta norma de direito comunitário.

Werke no recurso têm data posterior [24] às decisões administrativas impugnadas, pelo que o IHMI não podia estar vinculado por actos então inexistentes.

E — *O interesse dos concorrentes enquanto fundamento da decisão (terceiro fundamento)*

57. A SiSi-Werke protesta porque o acórdão recorrido aplica o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 tendo em conta unicamente o interesse geral dos concorrentes, sem ter em consideração, como devia, o dos consumidores, esquecendo-se que utiliza, há muitos anos, os recipientes sem nenhum obstáculo.

58. Esta acusação surge de uma análise errada do acórdão recorrido. A leitura conjunta dos n.os 32 e 54 permite deduzir o contrário, visto que o primeiro refere que o mencionado interesse não explica a recusa do registo de uma marca nem é suficiente para apreciar o seu carácter distintivo, cuja ausência é abordada nos seguintes números (33 a 53), acentuando o n.º 54 que a referência, na resolução da Câmara de Recurso, ao risco de monopolização das bolsas que se mantêm na vertical se explica porque confirma a sua incapacidade para cumprir a função essencial das marcas, «de acordo com o interesse geral que subjaz ao motivo absoluto de recusa baseado no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94».

59. Assim, não se pode afirmar que o Tribunal de Primeira Instância tenha negado a capacidade das marcas pretendidas para diferenciar, tendo em conta apenas os concorrentes, uma vez que o ponto fulcral da sua decisão radica na impossibilidade de os consumidores escolherem os sumos com garantia da sua procedência, devido ao facto de o sinal não os informar adequadamente sobre a sua origem comercial. A utilidade para os utentes justifica, precisamente, a recusa das marcas inaptas para distinguir.

60. Por todo o exposto, o último fundamento do recurso de anulação também é improcedente.

24 — As marcas números 2662781 e 2662765 foram pedidas em 22 de Abril de 2002 e foram concedidas, respectivamente, em 1 e em 19 de Março de 2004; a última, a número 2899078, foi pedida em 21 de Outubro de 2002, tendo sido registada em 23 de Janeiro de 2004.

V — Quanto às despesas

61. Nos termos do artigo 122.º, conjugado com o n.º 2 do artigo 69.º, do Regulamento de Processo, aplicável ao recurso de anulação por força do artigo 118.º, a parte vencida é condenada nas despesas. Portanto, como sugiro, se os fundamentos do recurso invocados pela recorrente forem julgados improcedentes, há que condená-la no pagamento das despesas deste recurso.

VI — Conclusão

62. Pelos fundamentos expostos, proponho ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao recurso interposto pela SiSi-Werke do acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância em 28 de Janeiro de 2004, nos processos apensos T-146/02 a T-153/02, condenando a recorrente nas despesas do processo.