ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção)

4 de Outubro de 2007 *

No processo C-144/06 P,

que tem por objecto um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, interposto em 17 de Março de 2006,

Henkel KgaA, com sede em Düsseldorf (Alemanha), representada por C. Osterrieth, Rechtsanwalt,

recorrente,

sendo a outra parte no processo:

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

recorrido em primeira instância,

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção),

composto por: E. Juhász (relator), presidente de secção, J. Malenovský e T. von Danwitz, juízes,

advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

secretário: B. Fülöp, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 24 de Maio de 2007,

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

profere o presente

Acórdão

1 Com o seu recurso, a Henkel KGaA (a seguir «Henkel») pede a anulação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 17 de Janeiro de 2006, Henkel/IHMI (T-398/04, não publicado na Colectânea, a seguir «acórdão recorrido»), que negou 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 4 de Agosto de 2004 (a seguir «decisão controvertida»), que recusou o registo de uma marca.

Quadro jurídico

2 O artigo 7.º, n.º 1, alínea b), 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), dispõe:

«1. Será recusado o registo:

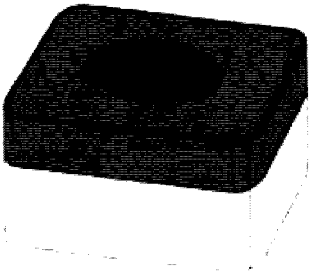
[...]

b) De marcas desprovidas de carácter distintivo».

Os antecedentes do litígio

3 Em 28 de Setembro de 1998, a Henkel apresentou um pedido de marca comunitária ao IHMI, ao abrigo do Regulamento n.º 40/94.

4 A marca comunitária pedida é o sinal figurativo aqui representado (a seguir «marca pedida»):



5 Os produtos para os quais foi pedido o registo fazem parte das classes 1, 3 e 21 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, revisto e alterado, e correspondem, nomeadamente no respeitante aos produtos da classe 3, à seguinte descrição: «Produtos para lavar a louça e a roupa».

6 A Henkel reivindicou um direito de prioridade com base no pedido de registo apresentado na Alemanha em 18 de Junho de 1998, que visava uma marca idêntica à marca pedida.

7 Na sequência da decisão de 1 de Outubro de 1999, com a qual o examinador indeferiu o pedido de registo nos termos do artigo 7.°, n.° 1, alíneas b) e d), do Regulamento n.° 40/94, a Henkel, em 19 de Novembro de 1999, interpôs recurso desta decisão para o IHMI, nos termos dos artigos 57.° a 59.° do Regulamento n.° 40/94.

8 Através da decisão recorrida, a Segunda Câmara de Recurso do IHMI negou provimento a esse recurso. Essencialmente, considerou que a marca pedida era desprovida de carácter distintivo, na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, relativamente a todos os produtos visados pelo pedido de registo.

O recurso para o Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido

9 Em 8 de Outubro de 2004, a Henkel interpôs recurso de anulação da decisão controvertida para o Tribunal de Primeira Instância. Em apoio do seu recurso, a Henkel invocava dois fundamentos. Estes últimos, e por conseguinte o recurso, foram julgados improcedentes pelo Tribunal.

10 Nos termos do primeiro fundamento, relativo à violação do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, o IHMI cometera erros na aplicação dos critérios de apreciação do carácter distintivo.

11 Em primeiro lugar, a Henkel censurava o IHMI por não ter procedido ao exame da existência do carácter distintivo à data da apresentação do pedido de registo e por não ter determinado qual era a forma habitual dos produtos comercializados no mercado nessa data. Em seguida, segundo a Henkel, o IHMI não podia afirmar que as diferentes cores do sinal correspondiam a diferentes agentes activos, porquanto esta escolha das cores e da sua combinação continuavam à disposição da Henkel.

12 Seguidamente, a Henkel alegou que o despacho do Bundespatentgericht (Tribunal Federal das Patentes), através do qual este último decidiu que o sinal cujo registo foi pedido ao Deutsches Patent- und Markenamt (Instituto Alemão das Patentes e Marcas) não era desprovido de carácter distintivo relativamente aos produtos para máquinas de lavar louça e roupa, não foi tomado em conta.

13 Por último, a Henkel recordou que o IHMI tinha admitido o registo de vários sinais comparáveis à marca pedida.

14 No Tribunal de Primeira Instância, o IHMI considerou, pelo contrário, que o consumidor entende o sinal em causa não como uma indicação da origem comercial do produto, mas unicamente como a representação deste último. Relativamente à decisão do Bundespatentgericht, esta foi devidamente tomada em conta, mas não podia vincular o IHMI. Quanto à prática decisória anterior, o IHMI recordou que o juiz comunitário está obrigado a pronunciar-se de forma independente sobre o pedido que lhe é apresentado e, mais especificamente, não está de forma alguma vinculado por decisões anteriores ilegais. Ao que acrescia que os casos invocados pela Henkel não eram comparáveis ao caso em apreço.

15 O Tribunal de Primeira Instância concluiu que a Henkel tinha limitado o seu fundamento aos «produtos para lavar a louça e a roupa» e que estes eram produtos de consumo corrente, relativamente aos quais não é elevado o grau de atenção do consumidor no momento da sua aquisição. No que respeita ao carácter distintivo da marca pedida, após ter recordado os princípios jurídicos enunciados pela jurisprudência neste domínio, observou que a apreciação deste carácter não pode conduzir a um resultado diferente no caso de uma marca tridimensional constituída pela apresentação do próprio produto e no caso de uma marca figurativa constituída pela representação, fiel à realidade, do mesmo produto.

16 O Tribunal de Primeira Instância, tendo esclarecido que, a fim de apreciar o carácter distintivo da marca pedida, havia que analisar a impressão de conjunto produzida por essa representação, o que não é incompatível com um exame sucessivo dos diversos elementos que a compõem (acórdãos de 11 de Novembro de 1997, SABEL, C-251/95, Colect., p. I-6191, n.º 23, e de 16 de Setembro de 2004, SAT.1/IHMI, C-329/02 P, Colect., p. I-8317, n.º 35), procedeu a uma análise dos elementos da marca, seguida de uma apreciação do seu conjunto. Na sequência desta última, concluiu que a marca pedida não permite distinguir o produto em causa dos das outras empresas.

17 Acrescentou que esta apreciação não podia ser posta em causa nem pelo facto de, no momento da apresentação do pedido de marca, a Henkel ser a única a comercializar os produtos na forma cuja representação é constituída pelo sinal pedido nem pelos registos anteriores. Em relação ao registo nacional, o Tribunal de Primeira Instância salientou que este último pode ser tomado em consideração, mas não vincula o IHMI, dado que o regime das marcas comunitárias é um regime autónomo, constituído por um conjunto de regras e prosseguindo objectivos que lhe são específicos, sendo a sua aplicação independente de qualquer sistema nacional, e que a aptidão de um sinal para ser registado como marca comunitária deve ser apreciada unicamente com fundamento na regulamentação comunitária pertinente.

18 Quanto às decisões de registo do IHMI, este Tribunal recordou que, apesar de os fundamentos de facto ou de direito que figuram numa decisão anterior poderem constituir argumentos em apoio de um fundamento relativo à violação de uma disposição do Regulamento n.º 40/94, não deixa de ser verdade que a legalidade das decisões das Câmaras de Recurso deve ser apreciada unicamente com base neste regulamento, tal como interpretado pelo juiz comunitário, e não com base na sua prática decisória anterior. Ao que acrescia, segundo o Tribunal, que as marcas invocadas pela Henkel não eram integralmente comparáveis à marca em causa, quer porque os produtos visados não eram exactamente os mesmos quer porque os sinais em causa comportavam outros elementos para além das formas geométricas de base.

19 O segundo fundamento foi apoiado num alegado abuso do poder discricionário e na violação do princípio da igualdade de tratamento. Efectivamente, a Henkel considerava que, ao recusar o registo da marca pedida quando tinha admitido a registo marcas comparáveis, o IHMI tinha abusado do seu poder discricionário e violado o princípio da igualdade de tratamento. Além disso, a Henkel observou que, se tolerasse esta situação, sem obter a compensação resultante do registo da sua própria marca, sofreria uma discriminação que iria contra o princípio da livre circulação das mercadorias consagrado pelo artigo 28.º CE. A Henkel acrescentou ainda que o objectivo de harmonização prosseguido pelo Regulamento n.º 40/94, como decorre dos seus primeiro e terceiro considerandos, só poderia ser atingido se o direito material unificado for objecto de uma interpretação uniforme.

20 O IHMI sustentou que, uma vez que a decisão de registo resulta de uma competência vinculada, a legalidade de uma decisão não poderá ser posta em causa em razão de uma prática anterior do IHMI, seja esta legal ou não.

21 O Tribunal de Primeira Instância recordou que as decisões relativas ao registo de um sinal como marca comunitária que as Câmaras de Recurso são chamadas a tomar por força do Regulamento n.º 40/94 resultam do exercício de uma competência vinculada e não de um poder discricionário (acórdão de 15 de Setembro de 2005, BioID/IHMI, C-37/03 P, Colect., p. I-7975, n.º 47). Concluiu que o segundo fundamento da Henkel visava, na realidade, não o abuso do poder discricionário eventualmente conferido ao IHMI, mas o facto de o IHMI ter admitido o registo como marca de sinais comparáveis, ao passo que tinha recusado o registo da marca em causa. Segundo este Tribunal, este fundamento confundia-se, pois, com uma parte dos argumentos que a Henkel tinha utilizado em apoio do seu primeiro fundamento e, portanto, era inoperante.

Os pedidos das partes

22 Através do presente recurso, a Henkel pede ao Tribunal de Justiça que:

— anule o acórdão recorrido;

— anule a decisão controvertida;

— condene o IHMI nas despesas.

23 O IHMI pede ao Tribunal de Justiça que:

— negue provimento ao recurso;

— condene a Henkel nas despesas.

Quanto ao presente recurso

Argumentos das partes

24 Em apoio do seu recurso, a Henkel invoca um fundamento único, baseado na alegada violação do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, consubstanciada na errada apreciação, tanto em termos de direito como de facto, dos requisitos respeitantes ao carácter distintivo da marca pedida. A Henkel entende que o Tribunal de Justiça deve proceder a uma apreciação jurídica correcta das questões de direito que os factos do presente caso suscitam, porquanto o Tribunal de Primeira Instância não aplicou devidamente o conceito de «marca desprovida de carácter distintivo».

25 Segundo a Henkel, este Tribunal decidiu erradamente que a marca pedida não apresentava carácter distintivo bastante, na acepção do artigo 7, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94. Ora, por força desta disposição, só pode ser exigido um grau mínimo de carácter distintivo (acórdão de 20 de Setembro de 2001, Procter & Gamble/IHMI, C-383/99 P, Colect., p. I-6251, n.º 40). Por conseguinte, apenas há que examinar se a marca pedida é adequada para identificar o produto para o qual é pedido o registo como proveniente de uma empresa determinada e, portanto, para distinguir esse produto dos das outras empresas (acórdão de 4 de Maio de 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 e C-109/97, Colect., p. I-2779, n.º 46).

26 A Henkel sustenta que, no mercado em causa, cada produtor utiliza diferentes cores para distinguir os seus produtos dos produtos dos seus concorrentes. Por esta razão, uma reprodução do produto figura sempre de modo predominante na parte anterior da embalagem e o público perceberá realmente o produto tal como é concretamente apresentado como uma indicação do seu fabricante.

27 A Henkel entende que é inexacta a premissa do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual o nível de atenção do consumidor médio a respeito da aparência do produto não é elevada quando este produto é vendido habitualmente numa embalagem na qual também constam indicações nominativas a respeito da composição e do destino do produto em causa. Afirma que também é inexacto que se trate de produtos de baixo preço e de uso quotidiano que os consumidores compram sem um elevado grau de atenção e sem proceder a um exame aprofundado do produto. Segundo a Henkel, o público extrai do sinal figurativo controvertido um grande número de informações que vão muito além do que normalmente basta para determinar a origem do produto.

28 A Henkel sustenta ainda, na sua réplica, que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou os factos quando concluiu que se tratava da variante da apresentação do produto que mais naturalmente vinha ao espírito. Com efeito, o sinal em causa não tem a forma do que convém considerar a «forma provável», posto que as camadas intercaladas se distinguem nitidamente umas das outras pelas suas cores, cuja colocação foi escolhida de modo totalmente livre, bem como pela presença inabitual de uma cor carregada e de uma forme oval para os detergentes.

29 O IHMI considera o presente recurso inadmissível. Salienta que a Henkel não esclarece qual é o erro de direito que terá sido cometido pelo Tribunal de Primeira Instância e que as suas censuras respeitam ao resultado do exame da percepção dos consumidores. Segundo o IHMI, há que entender que esta análise se inscreve no domínio da apreciação dos factos e não no quadro da qualificação jurídica. Ora, a apreciação dos factos e dos elementos de prova não constitui, salvo em caso da sua desvirtuação ou alteração, uma questão de direito sujeita em si mesma à fiscalização do Tribunal de Justiça no quadro de um recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância.

30 O IHMI alega que os diversos problemas suscitados (nomeadamente, as questões de saber se passou a ser prática corrente no mercado constituírem a forma e a cor das pastilhas uma indicação da origem, se o público retira da representação directa de um produto uma informação relativa à origem comercial, ou se é possível deduzir da experiência que o nível de atenção do consumidor médio a respeito da aparência de um produto não é elevado quando o produto em questão é vendido numa embalagem na qual também surgem indicações nominativas referentes à composição e ao destino do referido produto) são questões de facto. O IHMI entende ainda que o Tribunal de Primeira Instância não desvirtuou os factos nem deixou de ter em conta as características individuais do sinal (designadamente, a terceira cor do produto).

31 O IHMI considera por último que certas censuras da Henkel, formuladas na sua réplica, não podem ser objecto de exame, em conformidade com o artigo 42.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, já que não foram apresentadas em tempo útil. Em todo o caso, estas censuras são irrelevantes quanto ao mérito.

Apreciação do Tribunal de Justiça

32 Em primeiro lugar, a Henkel censura o Tribunal de Primeira Instância por ter apreciado erradamente do ponto de vista jurídico as exigências relativas ao carácter distintivo da marca pedida.

33 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.

34 Resulta de jurisprudência assente que o carácter distintivo de uma marca, na acepção 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-473/01 P e C-474/01 P, Colect., p. I-5173, n.º 32, e de 21 de Outubro de 2004, IHMI/Erpo Möbelwerk, C-64/02 P, Colect., p. I-10031, n.º 42).

35 Esse carácter distintivo deve ser apreciado, por um lado, com referência aos produtos ou aos serviços para os quais o registo foi pedido e, por outro, à luz da percepção que deles tem o público pertinente (acórdãos de 29 de Abril de 2004, Procter & Gamble/IHMI, já referido, n.º 33, e de 22 de Junho de 2006, Storck/IHMI, C-25/05 P, Colect., p. I-5719, n.º 25).

36 Segundo jurisprudência também consolidada, os critérios de apreciação do carácter distintivo das marcas tridimensionais constituídas pela forma do próprio produto não são diferentes dos critérios aplicáveis às outras categorias de marcas. No entanto, na aplicação desses critérios, há que atender ao facto de que a percepção do consumidor médio não é necessariamente a mesma no caso de uma marca tridimensional, constituída pela aparência 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 na do 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 (acórdãos de 7 de Outubro de 2004, Mag Instrument/IHMI, C-136/02 P, Colect., p. I-9165, n.º 30, e Storck/IHMI, já referido, n.ºs 26 e 27).

37 Nestas condições, só não é desprovida de carácter distintivo, na acepção do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, uma marca que, de forma significativa, diverge da norma ou dos hábitos do sector e, por essa razão, é susceptível de cumprir a sua função essencial de origem (acórdãos de 12 de Janeiro de 2006, Deutsche SiSi-Werke/IHMI, C-173/04 P, Colect., p. I-551, n.º 31, e Storck/ /IHMI, já referido, n.º 28).

38 Essa jurisprudência, desenvolvida a respeito das marcas tridimensionais compostas pela aparência do próprio produto, também é válida quando, como no caso em apreço, a marca pedida é uma marca figurativa constituída pela representação bidimensional do referido produto. Com efeito, neste caso, a marca também não constitui um sinal independente do aspecto dos produtos que designa (acórdão Storck/IHMI, já referido, n.º 29).

39 Há que recordar que, para apreciar se uma marca é ou não desprovida de carácter distintivo, há que ter em consideração a impressão de conjunto que produz. No entanto, isso não pode implicar que não se deva proceder, em primeiro lugar, a uma análise sucessiva dos diferentes elementos de apresentação utilizados para essa marca. Com efeito, pode ser útil, no decurso da apreciação global, analisar cada um dos elementos constitutivos da marca em causa (v., neste sentido, acórdão de 30 de Junho de 2005, Eurocermex/IHMI, C-286/04 P, Colect., p. I-5797, n.os 22 e 23, e a jurisprudência aí referida).

40 Resulta do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância identificou e aplicou correctamente ao caso em apreço os critérios enunciados pela jurisprudência.

41 O Tribunal teve razão ao começar por examinar os diferentes elementos que dão o aspecto representado pela marca pedida, como a forma e as cores da pastilha, para seguidamente analisar a sua impressão de conjunto, a fim de apreciar se esta marca cumpre ou não a função de origem.

42 Assim, após ter examinado sucessivamente, nos n.os 32 a 35 do acórdão recorrido, a forma rectangular que compõe a marca pedida, as suas duas camadas coloridas e o seu núcleo oval de cor azul que figura no centro da superfície superior vermelha da pastilha, o Tribunal de Primeira Instância considerou que estes elementos não bastam par lhe conferir um carácter distintivo.

43 No que respeita à apreciação do conjunto destes elementos, o Tribunal concluiu, no n.º 39 do acórdão recorrido, que «a impressão de conjunto produzida pelo sinal em causa [se] limita[...] à da representação de um produto para máquinas de lavar louça ou roupa na forma de uma pastilha na qual vários agentes químicos activos estão reagrupados de forma decorativa e atraente em duas camadas coloridas, vermelha e branca, e cuja camada vermelha tem um núcleo oval azul. Dado que o consumidor não está habituado a reconhecer na forma e nas cores do produto uma indicação da origem comercial do produto [...], que a presença das duas camadas e que o acréscimo de um núcleo oval numa cor diferente fazem parte das soluções que mais naturalmente vêm ao espírito quando se trata da apresentação de um produto para

máquinas de lavar louça ou roupa na forma de uma pastilha [...] e que, tratando-se das cores básicas habitualmente utilizadas no sector em questão, as cores escolhidas não são susceptíveis de chamar a atenção dos consumidores [...], a impressão de conjunto produzida pelo sinal não informará o público-alvo de que a apresentação concreta do produto é reveladora da sua origem comercial. Portanto, a marca pedida não permite a um consumidor médio dos referidos produtos, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, sem proceder a uma análise ou a uma comparação e sem dar mostras de particular atenção, distinguir o produto em causa dos das outras empresas [...]».

44 Verifica-se, pois, por um lado, que o Tribunal de Primeira Instância baseou a sua apreciação do carácter distintivo da marca pedida na impressão global resultante da forma e da conjugação das cores desta marca e, por outro, que concluiu que esta última não permite distinguir o produto dos produtos dos concorrentes no sector em questão.

45 Por conseguinte, ao decidir que a marca cujo registo foi pedido era desprovida de carácter distintivo na acepção do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, este Tribunal não cometeu nenhum erro de direito à luz dessa disposição e da jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça.

46 Há, pois, que julgar improcedente esta censura.

47 Em segundo lugar e quanto à censura relativa à aplicação concreta pelo Tribunal de Primeira Instância dos critérios decorrentes do artigo 7, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 e da jurisprudência já referida, há que salientar que a referida aplicação comporta apreciações de natureza factual.

48 Mais especificamente, a determinação da existência ou da ausência de uma divergência significativa, na acepção do n.º 37 do presente acórdão, inscreve-se na apreciação dos factos.

49 Ora, o Tribunal de Primeira Instância tem competência exclusiva para, por um lado, apurar os factos, salvo nos casos em que a inexactidão material das suas conclusões resulte das peças processuais que lhe foram submetidas, e, por outro, para os apreciar. A apreciação dos factos não constitui, assim, com excepção dos casos de desvirtuação dos elementos que lhe foram apresentados, uma questão de direito submetida, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância (v., neste sentido, acórdãos de 19 de Setembro de 2002, DKV/IHMI, C-104/00 P, Colect., p. I-7561, n.º 22, e de 29 de Abril de 2004, Henkel/IHMI, C-456/01 P e C-457/01 P, Colect., p. I-5089, n.º 41).

50 A este respeito, há que salientar que a desvirtuação dos factos ou dos elementos de prova pelo Tribunal foi alegada pela primeira vez pela Henkel apenas na réplica. Por conseguinte, atendendo ao artigo 42.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, aplicável ao processo de recurso das decisões do Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 118.º do mesmo regulamento, a desvirtuação dos factos não pode constituir, no presente processo, um fundamento admissível.

51 Importa acrescentar que as constatações relativas às características do público pertinente e à atenção, à percepção ou à atitude dos consumidores feitas no acórdão recorrido se inscrevem igualmente no domínio das apreciações factuais.

52 Nestas condições, a censura segundo a qual o Tribunal de Primeira Instância terá apreciado erradamente em termos de facto as exigências relativas ao carácter distintivo da marca pedida deve ser julgada inadmissível.

53 Por último, a Henkel censura o Tribunal por não se ter pronunciado sobre a questão de saber se, para apreciar o carácter distintivo, se deve tomar como referência a data da apresentação do pedido de registo da marca ou a da decisão judicial. A Henkel terá constantemente chamado a atenção para o facto de que foi a primeira a apresentar e comercializar as pastilhas do produto de lavagem na forma controvertida. À data do pedido de registo, o público não tinha a mínima dificuldade em associar o produto concreto «pastilha de produto de lavagem para a louça e a roupa» à Henkel enquanto produtor.

54 Há que salientar que o Tribunal de Primeira Instância respondeu a esta censura nos n.os 41 e 42 do acórdão recorrido, declarando que a inaptidão da marca pedida para indicar, *a priori* e independentemente do seu uso na acepção do artigo 7.°, n.° 3, do Regulamento n.° 40/94, a origem do produto não é posta em causa pelo número mais ou menos elevado de pastilhas semelhantes já comercializadas no mercado e que, nestas circunstâncias, não havia que se pronunciar sobre a questão do momento pertinente para a apreciação do carácter distintivo da marca em causa.

55 Há que notar que a Henkel não apoiou esta censura em qualquer argumentação circunstanciada que demonstrasse que o Tribunal julgou erradamente essa questão. Por conseguinte, esta censura não pode ser acolhida.

56 Portanto, sendo o fundamento invocado pela Henkel parcialmente improcedente e parcialmente inadmissível, há que negar provimento ao presente recurso.

Quanto às despesas

57 Por força do disposto no artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, aplicável aos recursos de decisões do Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 118.° do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo o IHMI pedido a condenação da Henkel e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

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

1) É negado provimento ao recurso.

2) A Henkel KGaA é condenada nas despesas.

Assinaturas