ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)

19 de Setembro de 2001 *

No processo T-118/00,

Procter & Gamble Company, com sede em Cincinnati, Ohio (Estados Unidos da América), representada por C. van Nispen e G. Kuipers, advogados, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrente,

contra

Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI), representado por A. von Mühlendahl, D. Schennen e C. Røhl Søberg, na qualidade de agentes,

recorrido,

* Língua do processo: inglês.

que tem por objecto um recurso contra a decisão da Primeira Câmara de Recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) de 3 de Março de 2000 (processo R 516/1999-1) notificada à recorrente em 7 de Março de 2000,

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

composto por: A. W. H. Meij, presidente, A. Potocki e J. Pirrung, juízes,

secretário: D. Christensen, administradora,

vista a petição de recurso que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 3 de Maio de 2000,

vista a contestação que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 28 de Julho de 2000,

e após a audiência de 5 de Abril de 2001,

profere o presente

Acórdão

Factos subjacentes ao litígio

1 Em 13 de Outubro de 1998, a recorrente apresentou um pedido de marca comunitária ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (a seguir «Instituto»), nos termos do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1), na redacção então em vigor.

2 A marca tridimensional cujo registo foi pedido apresenta-se, segundo a representação que dela fez a recorrente, sob a forma de uma pastilha quadrada com bordos e cantos ligeiramente arrendondados, com duas camadas, uma branca mosqueada de verde (parte superior) e outra verde claro (parte inferior), cujas cores são igualmente reivindicadas.

3 Os produtos para os quais foi pedido o registo da marca enquadram-se na classe 3 do Acordo de Nice relativo à Classificação Internacional dos Produtos e Serviços, para efeitos do registo de marcas, de 15 de Junho de 1957, tal como revisto e alterado, e correspondem à seguinte descrição: «preparados para lavagem e branqueamento de roupa e outras substâncias para lavagem; preparados para limpar, polir, desengordurar e abrasivos, preparados para lavagem, limpeza e tratamento da louça; sabões».

4 Por decisão de 17 de Junho de 1999, o examinador recusou o pedido de registo ao abrigo do artigo 38.° do Regulamento n.° 40/94, em virtude de a marca pedida ser desprovida de carácter distintivo.

5 Em 13 de Agosto de 1999, a recorrente interpôs recurso para o Instituto, ao abrigo do artigo 59.° do Regulamento n.° 40/94, contra a decisão do examinador.

6 Foi negado provimento ao recurso por decisão de 3 de Março de 2000 (a seguir «decisão impugnada»).

7 No essencial, a Câmara de Recurso considerou que a marca pedida era desprovida de qualquer carácter distintivo. Primeiro, realçou que decorre do artigo 4.° do Regulamento n.° 40/94 que a forma de um produto pode ser registada como marca comunitária, desde que apresente certas características suficientemente fora do vulgar e arbitrárias para permitir aos consumidores em causa reconhecer, unicamente com base no seu aspecto, que o produto provém de uma determinada empresa. Atendendo às vantagens que apresentam os produtos para a roupa e a louça acondicionados sob a forma de pastilhas, a Câmara de Recurso sublinhou, a seguir, que os concorrentes da recorrente devem ser livres de os fabricar também, utilizando as formas geométricas mais simples. Depois de descrever a marca pedida, a Câmara de Recurso constatou que a forma quadrada da pastilha não lhe confere um carácter distintivo. Segundo a Câmara de Recurso, as formas geométricas de base (quadrada, redonda, triangular ou rectangular) são as formas mais óbvias para essas pastilhas e não há qualquer elemento de arbitrário ou de fantasia na escolha de uma pastilha quadrada para o fabrico de detergentes sólidos. A Câmara de Recurso afirmou que as cores da marca pedida não lhe conferem um carácter distintivo, sendo o branco, associado a uma limpeza impecável, uma cor tradicional do sabão em pó e o verde, que é igualmente uma cor de base, uma cor que chama a atenção e que tem uma conotação positiva, estando associada à protecção do meio ambiente. Explicou

que a utilização de mosqueados coloridos é usual e que esses mosqueados são não só agradáveis à vista, mas podem igualmente indicar a presença de substâncias activas, devendo os outros operadores ser livres de as utilizar com este fim. A Câmara de Recurso acrescentou que o Instituto pode certamente tomar em consideração as decisões das autoridades nacionais, mas não está vinculado por elas.

Pedidos das partes

8 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— condenar o Instituto nas despesas.

9 O Instituto conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Quanto à admissibilidade

Argumentos das partes

10 Na audiência, a recorrente explicou que o presente recurso, tal como os interpostos nos processos paralelos T-117/00, T-119/00 a T-121/00, T-128/00 e T-129/00, se destina essencialmente a obter uma clarificação da situação jurídica relativa à possibilidade de registar as marcas pedidas. Considera que as marcas em causa não merecem protecção ao abrigo do Regulamento n.º 40/94. Porém, tendo sido apresentados pedidos de marcas destinados a obter protecção para formas análogas à reivindicada no presente caso e nos processos paralelos referidos em nome de certas empresas presentes no mercado, todos os fabricantes seriam obrigados, segundo a recorrente, a tentar obter uma protecção equivalente para os seus próprios produtos.

11 O Instituto entende que a recorrente pede, assim, no fundo, ao Tribunal que rejeite o seu recurso. Levanta a questão de saber se, nestas condições, a recorrente tem interesse em agir.

Apreciação do Tribunal

12 Segundo jurisprudência constante, um recurso de anulação, interposto por uma pessoa singular ou colectiva, só é admissível se o recorrente tiver interesse na anulação do acto em causa. Este interesse pressupõe que a anulação desse acto

seja susceptível, por si só, de produzir efeitos jurídicos (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Setembro de 1995, Antillean Rice Mills e o./ /Comissão, T-480/93 e T-483/93, Colect., p. II-2305, n.° 59, e jurisprudência aí citada). O mesmo se aplica a um recurso interposto ao abrigo do artigo 63.° do Regulamento n.° 40/94.

13 No presente caso, a recorrente solicitou o registo de uma marca tridimensional sob a forma de uma pastilha e este pedido foi indeferido pelo examinador, indeferimento esse que foi confirmado pela Câmara de Recurso. O interesse da recorrente na anulação da decisão desta Câmara, que não deferiu o seu pedido, não é afectado pela opinião que a recorrente possa ter quanto ao carácter mais ou menos desejável da protecção, por via do direito das marcas, da forma escolhida para a marca tridimensional solicitada. Por conseguinte, o interesse em agir da recorrente não pode ser contestado no presente caso.

Quanto ao mérito

14 A recorrente invoca, essencialmente, dois fundamentos. O primeiro, assenta em violação do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94. O segundo, em violação do dever de fundamentação. Estando estes dois fundamentos estritamente imbricados no presente caso, há que os apreciar em conjunto.

Argumentos das partes

15 A recorrente começa por afirmar que a marca solicitada, considerada no seu todo, é fora do vulgar, tem um carácter de fantasia e reveste o carácter distintivo mínimo requerido para ser registada.

16 Tece, a seguir, considerações a respeito, por um lado, da forma, do desenho e das cores da marca solicitada e, por outro, da necessidade, para efeitos de apreciação de um pedido de marca, de considerar esta no seu todo. Por último, argumenta a respeito da necessidade de aplicar de modo uniforme o Regulamento n.° 40/94.

17 Quanto à forma da marca, a recorrente afirma que resulta do artigo 4.° do Regulamento n.° 40/94 que não é proibido que uma marca consista na forma de um produto.

18 A recorrente critica a Câmara de Recurso por ter tomado em consideração o interesse de todos os operadores em utilizar livremente a forma reivindicada. Na sua opinião, a tomada em consideração desse interesse não é pertinente quando se trata de determinar se uma marca é desprovida de carácter distintivo na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, só o sendo no quadro da apreciação do pedido de marca à luz do artigo 7.°, n.° 1, alínea e), do mesmo regulamento.

19 Relativamente à alusão, feita pela Câmara de Recurso no quadro da discussão a respeito do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, ao motivo de recusa constante do artigo 7.°, n.° 1, alínea e), deste mesmo regulamento, a recorrente observa que podem ser escolhidas outras formas de pastilhas, que até parecem preferíveis, tais como as formas rectangular ou redonda. Além disso, segundo a recorrente, existem outras formas de apresentação dos detergentes, como por exemplo, em pó ou líquidos.

20 A recorrente salienta que, no caso das pastilhas, pode ser criado um aspecto diferente não só através da utilização de formas básicas diferentes e, no caso da forma rectangular, através de variantes na relação entre o comprimento e a

largura, mas igualmente através de variantes na espessura da pastilha. Daí deduz que, no presente caso, a forma quadrada da pastilha, por si só, pode ser considerada fora do vulgar e com um carácter de fantasia para um detergente, quando comparada com as outras pastilhas que existiam no mercado no momento em que o pedido de marca foi apresentado.

21 No que diz respeito ao desenho da pastilha e, mais especificamente, à existência do mosqueado, a recorrente alega que as considerações a respeito da função do mosqueado como indicador da presença de certas substâncias activas, admitindo que são correctas, não são pertinentes no quadro da apreciação do carácter distintivo na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94. No entender da recorrente, tais considerações só podem desempenhar um papel em caso de aplicação do motivo de recusa a que se refere o artigo 7.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 40/94 — que não interessa ao presente recurso. Afirma não compreender por que é que o carácter alegadamente agradável à vista de um elemento da marca pedida impede o registo desta nos termos do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94. Relativamente às duas camadas, faz notar que a Câmara de Recurso não fez qualquer comentário a esse propósito e que não percebe por que razão é que esta considerou que esse desenho não tem carácter distintivo. Afirma que tanto o mosqueado como a presença das duas camadas, incluindo a relação específica entre estas últimas, resultante da correspondente espessura, conferem à representação da marca, considerada em termos globais, um elemento arbitrário, fora do vulgar e de fantasia. Sustenta que o mosqueado e as duas camadas da pastilha são duas características que permitem ao público distinguir os seus produtos dos das outras empresas.

22 Quanto às cores da marca pedida, a recorrente recorda que é um facto assente que um sinal consistente numa combinação de cores pode ter um carácter distintivo intrínseco e que, em certos casos, mesmo uma cor única pode ter um carácter distintivo. As marcas com uma combinação de duas ou três cores utilizadas sob uma forma específica (uma pastilha quadrada com uma determinada espessura) e com um desenho específico (no caso, as duas camadas) têm, pois, indubitavelmente, um mínimo de carácter distintivo. Segundo a recorrente, esta conclusão impõe-se, ainda que se julgue pertinente a afirmação

da Câmara de Recurso, segundo a qual, por um lado, o branco, associado a uma limpeza impecável, é a cor tradicional do sabão em pó e, por outro, o verde, chama a atenção e tem uma conotação positiva. A recorrente contesta, além disso, esta afirmação, que não se baseia em qualquer espécie de prova. De qualquer modo, a recorrente sustenta que a marca solicitada tem carácter distintivo, dado que uma das cores descritas no pedido de registo é o verde claro.

23 No que respeita à apreciação da marca, a recorrente recorda que o carácter distintivo deve ser apreciado em relação à marca considerada no seu todo. Mesmo que os elementos que compõem a marca, considerados isoladamente, não fossem suficientemente fora do vulgar ou não revelassem fantasia bastante para lhe conferir carácter distintivo, a combinação específica dos elementos (forma, desenho e cor) cria, segundo a recorrente, um sinal distinto, susceptível de ser registado.

24 O argumento da Câmara de Recurso, segundo o qual os elementos que compõem a marca pedida devem estar disponíveis para poderem ser utilizados por todos os operadores, não pode ser aceite para contestar o registo da marca em causa. Mesmo que esse argumento viesse a ser considerado pertinente no quadro de uma contestação ao abrigo do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94 — o que a recorrente não admite — a apreciação dessa contestação deveria ser feita em relação à marca no seu todo e não em relação a elementos que a compõem, isoladamente considerados.

25 A recorrente sublinha que os seus pedidos de marcas só se destinam a obter direitos exclusivos em relação à combinação específica das características de cada uma das marcas (forma, desenho e cores) e não, por exemplo, a impedir os outros operadores de utilizarem a cor verde nos respectivos detergentes. Declara-se pronta a fazer declarações de renúncia com essa finalidade, se o Tribunal o julgar necessário. Acrescenta que resulta dos numerosos pedidos de registo submetidos ao Instituto para marcas tridimensionais de detergentes apresentadas sob a forma de pastilhas que a variedade dos aspectos possíveis dessas pastilhas é praticamente ilimitada.

26 Por último, no que diz respeito às afirmações sobre a necessidade de aplicação uniforme do Regulamento n.° 40/94, a recorrente alega que marcas tridimensionais análogas à sua foram aceites num certo número de Estados-Membros cujo direito das marcas foi harmonizado com base na Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO 1989, L 40, p. 1), entre os quais a França, o Reino Unido, a Bélgica, os Países Baixos e o Luxemburgo, precisando que, relativamente a estes três últimos Estados, o registo das marcas em causa foi efectuado pelo Instituto Benelux de Marcas. O Instituto também publicou, segundo a recorrente, os seguintes pedidos de marcas:

— o pedido n.° 809 830 apresentado em nome da Benckiser NV para uma marca que se apresenta sob a forma de uma pastilha redonda com duas camadas de cores azul e branca;

— o pedido n.° 924 829 apresentado em nome da recorrente para uma marca que se apresenta sob a forma de uma pastilha rectangular com as cores azul, verde e branca.

27 Nestas circunstâncias, a recorrente indica ainda que o Instituto aceitou certas marcas tridimensionais para pastas dentífricas coloridas, quando objecções semelhantes às agora aduzidas contra o seu pedido de marca poderiam ter sido levantadas a respeito da forma, do desenho e da cor de cada uma dessas marcas. A recorrente sustenta que a marca pedida devia ter sido objecto do mesmo tratamento. Acrescenta que apresentou contra os pedidos de marca acima referidos observações que tinham como objectivo, designadamente, salientar as disparidades na aplicação, pelo Instituto, do disposto no Regulamento n.° 40/94 em matéria de marcas tridimensionais.

28 O Instituto salienta que a marca tridimensional pedida se refere a produtos para máquinas de lavar roupa ou louça que se apresentam sob a forma de pastilhas e que é constituída pelo próprio produto.

29 Para apreciar a questão da concessão da marca comunitária pedida para este novo produto, o Instituto descreve, em primeiro lugar, a evolução das diferentes apresentações de produtos detergentes para roupa e louça no mercado e as vantagens da sua apresentação sob a forma de pastilhas.

30 O Instituto explica, a seguir, os princípios que regem o registo das marcas tridimensionais, referindo-se aos diferentes motivos de recusa susceptíveis de actuar neste contexto.

31 Para o Instituto, uma marca tem carácter distintivo, na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, se permitir diferenciar os produtos ou serviços para os quais o registo de marca é pedido em função da sua origem e não em função da sua natureza ou de outras características.

32 Ora, segundo o Instituto, os consumidores não estabelecem geralmente a ligação entre a forma de um produto e a sua origem. O Instituto afirma que, para que os consumidores possam apreender a própria forma do produto como um meio de identificação da origem deste, essa forma terá de ter uma «particularidade» qualquer que chame a atenção dos consumidores.

33 O Instituto sustenta que esta apreciação do carácter distintivo da forma de um produto se deve fazer em três fases. Primeiro, convirá verificar que formas existem para o produto em questão. A seguir, se a forma reivindicada se diferencia dessas outras de um modo perceptível para o consumidor. Por último, ter-se-á que determinar se essa forma particular tem aptidão para indicar a origem do produto.

34 O Instituto sublinha que, no âmbito da terceira fase de análise, o tipo de produto e o modo como o consumidor dele se serve são importantes. Precisa que, no caso das pastilhas para máquinas de lavar roupa e louça, o consumidor as retira da embalagem para as introduzir imediatamente nas máquinas, recorrendo portanto à embalagem do produto, na qual figura a marca verbal do fabricante, e não à forma ou cor exacta desse produto, para reconhecer este no acto da compra.

35 Para o Instituto, os critérios jurídicos de apreciação do carácter distintivo das marcas tridimensionais consistentes, como no presente caso, na própria forma do produto não são diferentes nem mais estritos do que os aplicáveis a outras marcas. Afirma, no entanto, que a forma de um produto não indica a sua origem do mesmo modo que palavras ou elementos figurativos apostos no produto ou na sua embalagem.

36 Em terceiro lugar, o Instituto procede à análise da marca pedida.

37 Segundo o Instituto, a forma rectangular da marca pedida não é fora do vulgar e não apresenta sinais de fantasia, sendo, pelo contrário, banal e corrente no mercado.

38 Relativamente às cores, o Instituto entende que a junção de uma camada verde clara não confere carácter distintivo ao sinal pretendido e que o mosqueado também é irrelevante neste aspecto. Para o Instituto, não há combinação de cores quando uma única cor é junta à cor de base (branca ou cinzenta) dos produtos para máquinas de lavar roupa ou louça.

39 Segundo o Instituto, a utilização de cores em certas camadas ou partes das pastilhas não pode tornar distinta a marca no seu todo. Afirma que as cores de base, como o verde ou o azul, são correntes no sector dos detergentes e que evocam certas sensações positivas, designadamente a frescura ou o poder de limpeza. Em segundo lugar, sustenta que essas cores, aplicadas a diferentes camadas ou partes das pastilhas, indicam a presença de vários ingredientes activos e servem, portanto, para informar o consumidor sobre as propriedades do produto, o que é sublinhado pela publicidade feita para as pastilhas em causa. Em terceiro lugar, o Instituto afirma ainda que resulta do modo como as pastilhas são utilizadas que o consumidor não considera as cores destas como indicações da origem do produto e que isto se aplica, em particular, às cores de base e suas combinações.

40 Segundo o Instituto, a utilização de mosqueados coloridos é corrente e susceptível de indicar a utilização de certos ingredientes activos. Os mosqueados dão informação sobre o grau de homogeneidade da matéria-prima que constitui o pó de lavagem ou a pastilha de detergente mas não fornecem qualquer indicação quanto à origem do produto. No presente caso, os mosqueados não podem constituir uma «estrutura». O Instituto sustenta que o reduzido tamanho dos grãos coloridos e o seu tom verde pouco vistoso não lhes permitem influenciar a impressão visual que se tem do conjunto da pastilha.

41 Relativamente ao exame da marca no seu todo, o Instituto considera que a combinação de todas estas características não distintivas não torna a marca pedida distintiva. O carácter distintivo não poderia ser deduzido, por exemplo, do facto de as pastilhas serem todas diferentes umas das outras.

42 O Instituto considera que não se pode deduzir do facto de os concorrentes da recorrente terem escolhido outras cores para as respectivas pastilhas que as cores permitem distinguir os produtos em função da sua origem. A escolha de cores diferentes explica-se, segundo o Instituto, pelo elevado número de pedidos de marca apresentados para os produtos destinados às máquinas de lavar roupa e louça, desde a sua recente introdução no mercado, nos diferentes registos de marca nacionais e comunitário. O Instituto realça que, devido ao facto de determinados registos nacionais terem concedido a protecção de marca, não é aconselhável que um fabricante apresente o seu produto sob uma forma que corresponde a uma marca registada a favor de um concorrente ou mesmo apenas solicitada por este antes que uma solução judicial venha clarificar a situação.

43 O Instituto acrescenta, referindo-se ao artigo 7.°, n.° 3, do Regulamento n.° 40/94, que, em teoria, as cores podem adquirir um carácter distintivo pela sua utilização, mas que tal tem que ser demonstrado. No presente caso, segundo o Instituto, a recorrente nunca teria invocado a possibilidade de um carácter distintivo adquirido pela sua utilização.

44 Quanto ao argumento segundo o qual a recorrente não deveria ser a única empresa autorizada a vender produtos para máquinas de lavar roupa e louça sob a forma de pastilhas, o Instituto julga-o pertinente no quadro da aplicação do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94. Segundo o Instituto, o uso deste argumento não pode ser interpretado no sentido de que a Câmara de Recurso teria aplicado, no presente caso, um motivo de recusa autónomo, baseado num imperativo de manutenção à disposição («Freihaltebedürfnis»). Este último implica que, para indeferir um pedido de marca, o Instituto tenha que demonstrar um interesse legítimo específico e concreto por parte dos concorrentes em utilizar a mesma marca. No presente caso, o Instituto afirma que a Câmara de Recurso se limitou a sublinhar que o registo da forma reivindicada como marca comunitária teria consequências indesejáveis para o funcionamento do mercado. É necessário, segundo o Instituto, ter em conta, no quadro da aplicação do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, os efeitos do registo de certas palavras, sinais ou formas de base e banais, sob pena de negar a função básica do sistema da marca e da propriedade industrial, que consiste em encorajar a concorrência leal.

45 Em quarto lugar, relativamente à pretensa incoerência da decisão impugnada à luz de outras decisões do Instituto, este afirma que recusou todos os pedidos respeitantes a pastilhas para máquinas de lavar roupa e louça de forma redonda ou rectangular e que estas recusas foram confirmadas pelas Câmaras de Recurso em todos os casos em que estas foram chamadas a pronunciar-se. Afirma que os pedidos de marcas n.° 809 830 e n.° 924 829 foram publicados no Boletim das marcas comunitárias, mas que essas marcas não foram registadas. Além disso, o Instituto sustenta que, mesmo admitindo que o Instituto tivesse efectivamente registado essas marcas, essas decisões seriam erradas e a recorrente não poderia apoiar-se nelas para requerer a adopção de uma decisão que seria uma repetição do erro.

46 Quanto às marcas registadas para pastas dentífricas, o Instituto afirma que não é possível qualquer comparação com a marca solicitada no presente caso, não apenas porque aquelas foram pedidas como marcas figurativas, mas também porque os produtos e a sua utilização, tal como as características das marcas, são diferentes.

47 Relativamente às práticas dos serviços nacionais de registo, o Instituto reconhece que o registo em nome da recorrente de uma marca idêntica à pedida no caso dos autos, em vários Estados-Membros ou em todos os Estados-Membros constituiria um elemento, que, não sendo decisivo, podia ser tomado em consideração para o registo da marca comunitária. O Instituto afirma a este propósito que a recorrente nunca alegou que tinha obtido o registo da marca ora solicitada em Estados-Membros da Comunidade Europeia.

48 Quanto ao registo de marcas análogas à pedida no presente caso por serviços nacionais de registo dos Estados-Membros, o Instituto indica que a prática desses serviços não é uniforme.

49 O Instituto entende que, mesmo que a recorrente tivesse sido a primeira a comercializar produtos para máquinas de lavar roupa e louça sob a forma de pastilhas, é facto assente que a forma rectangular é actualmente corrente. Considera que, mesmo que essa forma só se tenha tornado corrente após a data de apresentação do pedido de marca comunitária, a marca não pode ser registada. Salienta, quanto a este aspecto, por um lado, que a primeira utilização de uma forma banal ou corrente não torna esta por si só uma forma distintiva e, por outro, que o carácter distintivo deve subsistir igualmente na data do registo da marca.

Apreciação do Tribunal

50 O carácter distintivo de uma marca deve ser apreciado em relação aos produtos ou aos serviços para os quais o registo da marca é pedido.

51 No presente caso, relativamente aos produtos visados pela recorrente no seu pedido de marca comunitária, ou sejam os «preparados para lavagem e branqueamento de roupa e outras substâncias para lavagem; preparados para limpar, polir, desengordurar e abrasivos, preparados para lavagem, limpeza e tratamento da louça; sabões» da classe 3 do Acordo de Nice, a marca pedida é constituída pela forma e pela combinação das cores do próprio produto.

52 Resulta do artigo 4.° do Regulamento n.° 40/94 que tanto a forma do produto como as cores se contam entre os sinais susceptíveis de constituir uma marca comunitária. Mas a aptidão geral de uma categoria de sinais para constituir uma marca não implica que os sinais dessa categoria possuam necessariamente um carácter distintivo na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94 em relação a um produto ou a um serviço determinado.

53 Nos termos do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, será recusado o registo «de marcas desprovidas de carácter distintivo». Considera-se que tem carácter distintivo a marca que permite distinguir, em função da sua origem, os produtos ou serviços para os quais o registo foi pedido. Para este efeito, não é necessário que transmita uma informação precisa quanto à identidade do fabricante do produto ou do prestador de serviços. Basta que a marca permita ao público em causa distinguir o produto ou serviço que ela designa dos que têm outra origem comercial e concluir que todos os produtos ou serviços que designa foram fabricados, comercializados ou fornecidos sob controlo do titular dessa marca, ao qual pode ser atribuída a responsabilidade da sua qualidade (v. neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 1998, Canon, C-39/97, Colect., p. I-5507, n.° 28).

54 Resulta da letra do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94 que um mínimo de carácter distintivo basta para que o motivo de recusa definido neste artigo não seja aplicável. Importa, pois, apurar — no quadro de um exame *a priori* e sem qualquer tomada em consideração da utilização do sinal na acepção do artigo 7.°, n.° 3, do Regulamento n.° 40/94 — se a marca pedida permitirá ao público visado distinguir os produtos em causa dos que têm outra origem comercial quando, no acto da compra, tiver que escolher.

55 O artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94 não distingue entre as diferentes categorias de marcas. Os critérios de apreciação do carácter distintivo das marcas tridimensionais compostas pela forma do próprio produto não são diferentes dos aplicáveis às outras categorias de marcas.

56 Há, no entanto, que ter em conta, no quadro da aplicação destes critérios, o facto de a percepção do público visado não ser necessariamente a mesma no caso de

uma marca tridimensional constituída pela forma e pelas cores do próprio produto e no caso de uma marca verbal, figurativa ou tridimensional, que não seja constituída pela forma do produto. Com efeito, se é certo que o público está habituado a apreender imediatamente estas últimas marcas como sinais identificadores do produto, já o mesmo não acontece necessariamente quando o sinal se confunde com o aspecto do próprio produto.

57 Importa realçar que os produtos para os quais a marca foi pedida no presente caso são bens de consumo largamente difundidos. O público visado por estes produtos é constituído por todos os consumidores. Há assim que apreciar o carácter distintivo da marca pedida, tendo em consideração a presumível expectativa de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido (v., por analogia, o acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Julho de 1998, Gut Springenheide e Tusky, C-210/96, Colect., p. I-4657, n.os 30 a 32).

58 A percepção da marca pelo público em causa é influenciada pelo nível de atenção do consumidor médio, que é susceptível de variar em função da categoria de produtos ou serviços em causa (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Colect., p. I-3819, n.° 26). Relativamente a este aspecto, ter-se-á que declarar que, tratando-se de produtos de consumo quotidiano, o nível de atenção do consumidor médio em relação à forma e às cores das pastilhas para máquinas de lavar roupa e louça não é elevado.

59 Para apurar se a combinação da forma e da distribuição das cores da pastilha em causa pode ser apreendida pelo público como um indicador de origem, há que analisar a impressão de conjunto produzida por essa combinação (v., por analogia, o acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1997, SABEL,

C-251/95, Colect., p. I-6191, n.° 23), o que não é incompatível com o exame um por um dos diferentes elementos da apresentação utilizados.

60 A forma tridimensional cujo registo é pedido, isto é, uma pastilha quadrada, é uma das formas geométricas de base e uma das formas que vem naturalmente à mente para um produto destinado a máquinas de lavar roupa ou louça. Os cantos ligeiramente arredondados da pastilha correspondem a considerações práticas e não são susceptíveis de ser apreendidos pelo consumidor médio como uma particularidade da forma reivindicada, capaz de a diferenciar de outras pastilhas para máquinas de lavar roupa ou louça.

61 Quanto à presença de duas camadas, uma branca e outra verde e ao mosqueado verde na parte branca, há que realçar que o público em causa está habituado à presença de elementos de cores diferentes num produto detergente. Os pós, que correspondem à apresentação tradicional destes produtos, são a maior parte das vezes de cor cinzenta ou bege muito claro e parecem quase brancos. Como a própria recorrente explicou na audiência, contêm frequentemente partículas de uma ou várias cores diferentes. A publicidade promovida pela recorrente e pelos outros produtores de detergentes põe a tónica no facto de essas partículas consubstanciarem a presença de diferentes substâncias activas. As partículas coloridas evocam, portanto, sem no entanto poderem, por isso, ser consideradas como uma indicação descritiva na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 40/94, certas qualidades do produto. Não se pode deduzir, porém, da inaplicabilidade deste último motivo de recusa, que os elementos coloridos conferem necessariamente um carácter distintivo à marca pedida. Com efeito, esse carácter não existe quando o público visado é levado, como no presente caso, a apreender a presença dos elementos coloridos como a evocação de certas qualidades do produto e não como a indicação da sua origem. A eventualidade de os consumidores adquirirem, apesar disso, o hábito de reconhecer o produto com base nas suas cores não basta, por si só, para afastar o motivo de recusa baseado no artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94. Essa evolução na percepção do sinal pelo público só poderá ser tomada

em conta, se for provada, no quadro do artigo 7.°, n.° 3, do Regulamento n.° 40/94.

62 Quanto ao facto de, além do mosqueado colorido, a pastilha aqui em causa ter uma camada de cor verde, importa apreciar, primeiro, a alegação da recorrente de que houve falta de fundamentação pela Câmara de Recurso do juízo que fez ao afirmar que esta distribuição das cores não confere carácter distintivo à marca pedida. A este propósito, cabe salientar que a presença de duas camadas é mencionada no quadro da descrição da marca efectuada pela Câmara de Recurso no ponto 15 da decisão impugnada. Essa afirmação não foi explicitamente reproduzida nos pontos 18 e 19 da decisão impugnada, dedicados à apreciação do carácter distintivo tendo em conta a combinação das cores na pastilha. Contudo, para ilustrar a sua afirmação, no ponto 19 da decisão impugnada, de que a utilização de pastilhas com variadas combinações de cores é vulgar para os produtos visados pelo pedido de marca, a Câmara de Recurso refere-se, a título de exemplo, a dois produtos comercializados sob a forma de pastilhas contendo cada um deles duas camadas de cores diferentes. De onde resulta que a Câmara de Recurso considerou que uma pastilha com duas camadas de cores diferentes não é distintiva porque essa apresentação é vulgar. Neste aspecto, a decisão impugnada tem, portanto, fundamentação bastante.

63 Há que salientar, a seguir, que a afirmação da Câmara de Recurso, segundo a qual a presença de uma camada colorida e de mosqueado não basta para que o aspecto da pastilha possa ser apreendido como uma indicação da origem do produto, é justificada. Com efeito, quando se trata de combinar diferentes substâncias num produto para máquinas de lavar roupa ou louça com a forma de uma pastilha, a junção tanto de um mosqueado como de uma camada faz parte das soluções que vêm naturalmente à mente.

64 Quanto à cor verde, deve dizer-se que a utilização de cores de base, como o azul ou o verde, é corrente e mesmo típica dos produtos detergentes. O recurso a outras cores básicas, como o vermelho ou o amarelo, faz parte das variantes, que vêm naturalmente à mente, da apresentação típica desses produtos. O mesmo se

diga dos diferentes tons destas cores. Por isso, o argumento da recorrente de que a marca pedida seria distintiva porque uma das camadas da pastilha seria «verde claro» não procede.

65 De onde se conclui que a marca tridimensional pedida é constituída por uma combinação de elementos de apresentação que vêm naturalmente à mente e típicos do produto em causa.

66 Acresce que são possíveis combinações diferentes destes elementos de apresentação através de uma modificação das formas geométricas de base e da junção, à cor de base do produto, de outra cor básica que apareça noutra camada da pastilha ou de um mosqueado. As divergências daí resultantes quanto ao aspecto das diferentes pastilhas não bastam para permitir que cada uma dessas pastilhas funcione como um indicador da origem do produto, quando se trata, como no presente caso, de variantes que vêm naturalmente à mente das formas de base do produto.

67 Atendendo à impressão de conjunto que sobressai da forma e da combinação das cores da pastilha em causa, a marca pedida não permitiria ao público visado distinguir esses produtos dos que têm outra origem comercial, quando efectua a sua escolha no acto da compra.

68 Acrescente-se que a falta de aptidão da marca pedida para indicar *a priori* e independentemente da sua utilização na acepção do artigo 7.°, n.° 3, do Regulamento n.° 40/94 a origem do produto não é resolvida pelo número mais ou menos importante de pastilhas semelhantes já presentes no mercado. Por

conseguinte, não é necessário decidir, no presente caso, se o carácter distintivo da marca deve ser apreciado na data da apresentação do pedido de registo ou na data do registo efectivo.

69 No que diz respeito, a seguir, aos argumentos que a recorrente retira da prática dos serviços nacionais de registo de marcas, recorde-se que os registos já efectuados nos Estados-Membros constituem apenas um elemento que, não sendo determinante, apenas pode ser tomado em consideração para efeitos de registo de uma marca comunitária [acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Fevereiro de 2000, Procter & Gamble/IHMI (forma de um sabão), T-122/99, Colect., p. II-265, n.° 61, e de 31 de Janeiro de 2001, Sunrider/IHMI (VITALITE), T-24/00, Colect., p. II-449, n.° 33]. Resulta, além disso, das respostas da recorrente às perguntas do Tribunal que uma marca idêntica à pedida foi registada unicamente pelo Instituto Benelux de Marcas e que o registo correspondente foi recusado na Alemanha. No Reino Unido, o processo de registo de uma marca idêntica encontra-se suspenso a aguardar o resultado do presente processo, e, em França, o pedido de registo correspondente foi retirado. No que diz respeito, mais em geral, à prática dos serviços nacionais de registo de marcas em relação às marcas tridimensionais constituídas por pastilhas para máquinas de lavar roupa e louça, resulta das respostas do Instituto às perguntas do Tribunal que essa prática não é uniforme. Não pode, portanto, criticar-se a Câmara de Recurso por ter ignorado essa prática.

70 No que se refere à prática do próprio Instituto, resulta das respostas deste às perguntas do Tribunal que os pedidos de marca comunitária cuja publicação foi invocada pela recorrente não se concluiram por registos. Um dos pedidos em causa foi rejeitado pelo examinador em data posterior à interposição do presente recurso e esta decisão está actualmente a ser examinada por uma Câmara de Recurso. Segundo o Instituto, prevê-se a recusa do outro pedido. Nestas circunstâncias, o argumento baseado na publicação desses pedidos ficou, de qualquer modo, sem objecto. Acrescente-se, relativamente ao registo de certas marcas de pastas dentífricas invocado pela recorrente, que essas marcas e o produto para o qual o registo dessas marcas foi pedido são diferentes da marca e

do produto ora em causa. A prática do Instituto em relação ao registo de marcas de pastas dentífricas não é, pois, pertinente no caso em apreço.

71 Por conseguinte, os argumentos da recorrente a respeito da prática do Instituto e de certos serviços nacionais de registo não procedem.

72 De onde se conclui assim que a Câmara de Recurso julgou acertadamente que a marca tridimensional pedida não tinha carácter distintivo.

73 Relativamente à argumentação da recorrente a respeito da tomada em consideração, pela Câmara de Recurso, da necessidade de manter disponíveis a forma e as cores da pastilha em causa, há que notar que os motivos absolutos de recusa constantes do artigo 7.°, n.° 1, alíneas b) a e), do Regulamento n.° 40/94 traduzem a preocupação do legislador comunitário de evitar o reconhecimento, a favor de um operador, de direitos exclusivos que poderiam entravar a concorrência no mercado dos produtos ou serviços em causa (v., a respeito do motivo de recusa ligado ao carácter descritivo do sinal, o acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 e C-109/97, Colect., p. I-2779, n.° 25). Porém, o interesse que podem ter os concorrentes do requerente de uma marca tridimensional constituída pela apresentação de um produto em escolherem livremente a forma e as cores dos seus próprios produtos não é, em si mesmo, um motivo susceptível de justificar a recusa de registar essa marca nem um critério de apreciação, bastante por si só, do carácter distintivo da marca. Ao excluir o registo de sinais desprovidos de carácter distintivo, o artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94 só protege o interesse na disponibilidade das diferentes variantes de apresentação de um produto se a apresentação do produto cujo registo é pedida não puder, *a priori*, e independentemente da sua utilização na acepção do artigo 7.°, n.° 3, do Regulamento n.° 40/94, desempenhar a função de uma marca, isto é, permitir ao público em causa distinguir esse produto dos que têm outra origem comercial.

74 Cabe salientar que, se é certo que a Câmara de Recurso atribuiu, na decisão impugnada, um lugar muito importante às considerações a propósito do interesse em evitar a monopolização de um produto através do direito das marcas, daí não decorre, porém, que não tenha observado os critérios aplicáveis para apreciar o carácter distintivo da marca pedida. Com efeito, no ponto 11 da decisão impugnada, a Câmara de Recurso afirma que a forma de um produto pode ser registada como marca comunitária «desde que a forma apresente certas características suficientemente fora do vulgar e arbitrárias para permitir aos consumidores em causa reconhecer, unicamente com base no seu aspecto, que o produto provém de uma determinada empresa». A Câmara de Recurso aplicou, pois, no essencial, um critério conforme aos princípios que acabamos de enunciar.

75 Tendo em conta quanto precede, o recurso deve ser rejeitado.

Quanto às despesas

76 Por força do disposto no n.° 3 do artigo 87.° do Regulamento de Processo, o Tribunal pode repartir as despesas ou determinar que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas, se cada parte obtiver vencimento parcial ou perante circunstâncias excepcionais. Como o texto da decisão impugnada podia dar origem a dúvidas quanto à correcta aplicação, neste caso, do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94 pela Câmara de Recurso, tendo, assim, contribuído para o nascimento do litígio, há que decidir que cada uma das partes suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)

decide:

1) **Negar provimento ao recurso.**

2) **Condenar cada uma das partes a suportar as suas próprias despesas.**

Meij Potocki Pirrung

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 19 de Setembro de 2001.

O secretário

H. Jung

O presidente

A. W. H. Meij