ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

29 de Abril de 2004 *

Nos processos apensos C-456/01 P e C-457/01 P,

Henkel KGaA, com sede em Düsseldorf (Alemanha), representada por C. Osterrieth, Rechtsanwält,

recorrente,

que têm por objecto dois recursos dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (Segunda Secção) de 19 de Setembro de 2001, Henkel/IHMI (pastilha rectangular vermelha e branca) (T-335/99, Colect., p. II-2581), e Henkel/IHMI (pastilha rectangular verde e branca) (T-336/99, Colect., p. II-2589), em que se pede a anulação desses acórdãos,

sendo a outra parte no processo:

Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI), representado por D. Schennen e S. Laitinen, na qualidade de agentes,

recorrido em primeira instância,

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: V. Skouris, exercendo funções de presidente da Sexta Secção, J. N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissochet, R. Schintgen e F. Macken (relatora), juízes,

advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
secretário: M. Múgica Arzamendi, administradora principal,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações das partes na audiência de 2 de Outubro de 2003, no decurso da qual a Henkel KGaA foi representada por C. Osterrieth e o Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI) por D. Schennen e A. von Mühlendahl, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 6 de Novembro de 2003,

profere o presente

Acórdão

1 Através de petições que deram entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 26 de Novembro de 2001, a Henkel KGaA (a seguir «Henkel») interpôs, nos

termos do artigo 49.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, recursos dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Setembro de 2001, Henkel/ /IHMI (pastilha rectangular vermelha e branca) (T-335/99, Colect., p. II-2581, a seguir «acórdão T-335/99»), e Henkel/IHMI (pastilha rectangular verde e branca) (T-336/99, Colect., p. II-2589, a seguir «acórdão T-336/99») (a seguir, em conjunto, «acórdãos recorridos»), pelos quais o Tribunal de Primeira Instância negou provimento aos seus recursos de anulação das decisões da Terceira Câmara de Recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (a seguir «IHMI»), de 21 de Setembro de 1999 (processos R 70/1999- -3, e R 71/1999-3), que rejeitaram os seus recursos contra a recusa de registo como marcas comunitárias de pastilhas de forma tridimensional para várias categorias de produtos, incluindo, designadamente, os produtos para máquinas de lavar roupa ou para máquinas de lavar louça (a seguir «decisões controvertidas»).

2 Por despacho do presidente da Sexta Secção de 2 de Junho de 2003, os processos C-456/01 P e C-457/01 P foram apensos para efeitos da fase oral e do acórdão.

Enquadramento jurídico

3 Nos termos do artigo 4.º 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):

«Podem constituir 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.»

4 O artigo 7.º do mesmo regulamento dispõe:

«1. Será recusado 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;

[...]

3. 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.»

Antecedentes do litígio

5 Em 15 de Dezembro de 1997 e 8 de Janeiro de 1998, a Henkel pediu ao IHMI o registo como marcas comunitárias de duas pastilhas de forma tridimensional, a primeira composta por uma camada branca e uma camada vermelha sobrepostas (processo T-335/99), e a segunda por uma camada branca e uma camada verde sobrepostas (processo T-336/99).

6 Os produtos para os quais foi pedido o registo enquadram-se na classe 3 do Acordo de Nice relativo à Classificação Internacional dos Produtos e dos Serviços para o registo de marcas, de 15 de Junho de 1957, tal como revisto e alterado, e correspondem à seguinte descrição: «produtos para roupa e louça sob a forma de pastilhas».

7 Através de decisões de 3 de Fevereiro de 1999, o examinador do IHMI recusou esses pedidos porque as marcas cujo registo era pedido eram desprovidas de carácter distintivo e não podem, por esta razão, ser objecto de registo por força do artigo 7.°, n.°1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94.

8 Através das decisões controvertidas, a Terceira Câmara de Recurso do IHMI confirmou as decisões do examinador considerando que cada marca cujo registo era pedido era desprovida de carácter distintivo na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, dado que a sua forma concreta não cumpria, relativamente ao consumidor ou comprador final, nenhuma função de indicação da proveniência dos produtos sobre os quais era aposta a marca. Segundo a referida Câmara de Recurso, uma forma tridimensional deve ter um aspecto suficientemente original para facilmente ser gravada na memória e se distinguir do que é usual no comércio.

Processo no Tribunal de Primeira Instância e acórdãos recorridos

9 Através de petições que deram entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 26 de Novembro de 1999, a Henkel interpôs dois recursos destinados à anulação das decisões controvertidas.

10 No acórdão T-335/99, o Tribunal de Primeira Instância decidiu que a Câmara de Recurso do IHMI tinha concluído correctamente que a marca tridimensional, cujo registo era pedido, era desprovida de carácter distintivo na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, pelos seguintes motivos:

«41 No presente caso, a marca cujo registo é pedido é constituída pela forma e pela combinação das cores de uma pastilha para máquinas de lavar roupa ou louça, ou seja, pela apresentação do próprio produto.

42 Resulta do artigo 4.° do Regulamento n.° 40/94 que tanto a forma do produto como as cores 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.

43 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.º 28).

44 Resulta da letra do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 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.º, n.º 3, do Regulamento n.º 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.

45 O artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 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.

46 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 nominativa, 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.

47 No que respeita à percepção do público em causa, a Câmara de Recurso salientou, com razão, que os produtos para os quais o registo da marca foi pedido no presente caso, ou seja, os produtos para máquinas de lavar roupa ou louça sob a forma de pastilhas, 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).

48 A percepção da marca pelo público em causa é influenciada, em primeiro lugar, 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.º 26). Relativamente a este aspecto, a Câmara de Recurso considerou, com razão, 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 ou louça não é elevado.

49 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.º 23), o que não é incompatível com o exame sucessivo dos diferentes elementos da apresentação utilizados.

50 A forma tridimensional cujo registo é pedido [...] 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 [...].

51 Quanto à presença de duas camadas [...], há que realçar que o público em causa está habituado à presença de elementos de cor diferente num produto detergente. 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.

[...]

53 [...]. 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 variações, que vêm naturalmente à mente, da apresentação típica desses produtos.

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

[...]

56 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.

57 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.

[...]

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

60 O facto de os critérios de apreciação desse carácter distintivo, no caso de uma marca tridimensional constituída pela forma do próprio produto, não serem mais rigorosos do que os aplicáveis às outras categorias de marcas não implica mais nada além disso mesmo.

61 Com efeito, as considerações que levaram a Câmara de Recurso a declarar a falta de carácter distintivo da marca pedida justificam uma conclusão idêntica à luz dos critérios de apreciação respectivos, aplicáveis a todas as marcas, quer estas sejam nominativas, figurativas ou tridimensionais.»

11 No acórdão T-336/99, o Tribunal de Primeira Instância chegou à mesma conclusão. Os n.os 38 a 58 deste acórdão estão redigidos nos mesmos termos, essencialmente, que os n.os 40 a 52 e 54 a 61 do acórdão T-335/99, reproduzidos no número precedente.

12 Assim, através dos acórdãos recorridos, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento aos recursos interpostos pela Henkel das decisões controvertidas.

Os recursos das decisões do Tribunal de Primeira Instância

13 A Henkel conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne anular os acórdãos recorridos e as decisões controvertidas, bem como condenar o IHMI nas despesas.

14 O IHMI conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne negar provimento aos recursos e condenar a Henkel nas despesas.

15 Por despacho de 9 de Janeiro de 2003, o presidente do Tribunal de Justiça indeferiu o pedido da sociedade Reckitt Benckiser NV, apresentado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 6 de Maio de 2002, com vista a ser autorizada a intervir em apoio dos pedidos da Henkel.

16 Nos seus recursos, a Henkel alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito na sua interpretação do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94. Este único fundamento divide-se, essencialmente, em três partes relativas:

— ao carácter distintivo das marcas cujo registo é pedido;

— à definição do grau de atenção do consumidor médio, e

— à data em que deve ser apreciado o carácter distintivo das referidas marcas.

17 O IHMI considera que, nos acórdãos recorridos, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro de direito na interpretação e aplicação do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94.

Quanto à primeira parte do fundamento, relativa ao carácter distintivo de uma marca

Argumentos das partes

18 Em primeiro lugar, a Henkel alega que, ao referir que as formas rectangulares utilizadas nas pastilhas em causa constituem formas que vêm naturalmente à mente, o Tribunal de Primeira Instância aplicou um critério incorrecto na avaliação do carácter distintivo de uma marca. No caso vertente, devia ter-se limitado a analisar se as características dessas pastilhas são diferentes das características habituais para tais produtos ou se são impostas por necessidades técnicas.

19 A Henkel contesta também a afirmação do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual as diferentes cores utilizadas num detergente não são apreendidas como uma indicação da sua origem, mas significam apenas para o consumidor a presença de diferentes substâncias activas neste produto. Segundo a mesma, o público apreende a disposição das cores como uma característica específica da apresentação de um determinado detergente.

20 A Henkel acrescenta, no processo C-456/01 P, que, na sua análise do carácter distintivo da marca cujo registo é pedido, o Tribunal de Primeira Instância não podia afastar o facto de a Henkel ser a única empresa a utilizar a cor vermelha nos detergentes. Com efeito, na sua opinião, para apreciar o carácter distintivo dessa marca é importante que o público possa, devido à utilização exclusiva da cor vermelha para os referidos produtos, relacionar apenas com essa base o titular da marca.

21 Em segundo lugar, a Henkel considera que o facto de o Tribunal de Primeira Instância se ter baseado principalmente no facto de as formas e as cores das pastilhas em causa constituírem uma forma geométrica ou cores de base leva à presunção de que o Tribunal de Primeira Instância integrou na sua análise do carácter distintivo da marca considerações relacionadas com um eventual imperativo de disponibilidade, contrariamente ao que foi decidido no acórdão de 4 de Maio de 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 e C-109/97, Colect., p. I-2779).

22 Em qualquer caso, a Henkel acrescenta que nenhum imperativo de disponibilidade se opõe à utilização da combinação de uma forma e de cores, como aquelas cujo registo como marcas é pedido no caso vertente. Em relação, antes de mais, à forma escolhida, é o fabricante que, sem prejuízo do respeito de determinados parâmetros técnicos, a escolhe livremente. No plano técnico, não é manifesto que os concorrentes só possam fabricar pastilhas utilizáveis pelo consumidor escolhendo a forma que é objecto dos pedidos de registo em causa no caso vertente. Em seguida, não existe nenhum imperativo de disponibilidade no que respeita à disposição concreta de cores. Na opinião da Henkel, se o consumidor depara com uma disposição de cores, não as compreende como uma indicação

imperativa no plano técnico, mas como a expressão livre e fantasista da especificidade do produto. Daí resulta, por último, que nenhum imperativo de disponibilidade impede o registo de determinada combinação de formas e cores como a em causa no caso em apreço.

23 O IHMI alega, em primeiro lugar, que o Tribunal de Primeira Instância considerou com razão que as marcas cujo registo era pedido não são susceptíveis de protecção nos termos do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, pelo facto de se tratarem de marcas tridimensionais constituídas por uma combinação de elementos de apresentação que vêm naturalmente à mente e típicos do produto em causa, que não permitem ao público interessado distinguir os produtos em questão dos que têm outra origem comercial.

24 Segundo o IHMI, para que uma marca tridimensional constituída pela forma de um produto tenha um carácter distintivo, na acepção do referido artigo 7.°, n.° 1, alínea b), a marca deve ser original, fora do vulgar ou arbitrária. Formas ou combinações de formas e cores usuais, banais ou que venham naturalmente à mente, são desprovidas de carácter distintivo.

25 Considera que, no caso de uma pastilha para máquinas de lavar roupa ou para máquinas de lavar louça, é a funcionalidade que conta, e para o consumidor, é a forma rectangular, como qualquer outra forma igualmente simples, que é normal e natural desse género de produtos. O consumidor não se questiona sobre a composição exacta e o efeito dos agentes de cor da pastilha, mas supõe, quando muito, que se trata de duas substâncias com propriedades diferentes e não de um meio de identificação da origem do produto. A própria forma do produto só assegura a sua função de indicação da origem deste em casos excepcionais. Esta circunstância não decorre, segundo o IHMI, de critérios jurídicos diferentes, ou até mais severos. Ela é antes o resultado de uma situação de facto, ou seja, pela maneira como os consumidores apreendem os produtos em causa.

26 O IHMI alega também que foi com razão que, nos acórdãos recorridos, o Tribunal de Primeira Instância baseou a sua análise do carácter distintivo das marcas cujo registo é pedido na impressão de conjunto produzida pela marca, não excluindo tal abordagem, e mesmo exigindo, que os diferentes elementos de apresentação sejam considerados separadamente. Esta abordagem corresponde ao método de análise dos pedidos de registo pelo IHMI, em especial, nos casos de marcas tridimensionais.

27 O IHMI conclui que a apresentação de um pedido de registo que incide sobre as formas de produtos tão simples e banais não pode servir para o requerente se assegurar da prioridade de uma marca comunitária e que as pastilhas desse género, para máquinas de lavar roupa ou para máquinas de lavar louça, só são susceptíveis de protecção se e a partir do momento em que, na sequência de uma utilização intensiva, conseguiram implantar-se como sinais de um dado fabricante, nos termos do artigo 7.°, n.° 3, do Regulamento n.° 40/94.

28 Em relação, em segundo lugar, ao imperativo de disponibilidade, o IHMI alega que a interpretação deste conceito baseada na antiga jurisprudência dos órgãos jurisdicionais alemães, defendida pela Henkel, foi categoricamente afastada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Windsurfing Chiemsee, já referido.

29 Acrescenta que a descrição feita pela Henkel da evolução dos produtos de limpeza e do mercado para estes produtos milita a favor da existência presumida de um imperativo de disponibilidade (no entanto, não no sentido da referida jurisprudência), na medida em que demonstra até que ponto as diferentes empresas concorrentes recorreram, desde o início, simultaneamente às formas rectangulares e circulares, como a uma segunda camada colorida, para as suas pastilhas para máquinas de lavar roupa ou para máquinas de lavar louça.

Apreciação do Tribunal de Justiça

30 Nos termos do artigo 4.° do Regulamento n.° 40/92 podem constituir marcas comunitárias todos os sinais susceptíveis de representação gráfica desde que esses sinais sejam adequados para distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas.

31 Resulta da referida disposição que tanto a forma de um produto como as suas cores fazem parte dos sinais susceptíveis de constituir uma marca comunitária. Assim, um sinal composto pela forma tridimensional de uma pastilha para máquinas de lavar roupa ou para máquinas de lavar louça, combinada com a disposição das cores desta pastilha, pode, em princípio, constituir uma marca desde que as duas condições mencionadas no número precedente estejam reunidas.

32 No entanto, como o Tribunal de Primeira Instância justamente observou nos n.^{os} 42 do acórdão T-335/99 e 40 do acórdão T-336/99, a aptidão geral de um sinal para constituir uma marca na acepção do artigo 4.° do Regulamento n.° 40/94 não implica, contudo, que o referido sinal possua necessariamente carácter distintivo, na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do referido regulamento, em relação a um produto ou serviço determinado.

33 Nos termos desta última disposição, são recusados os registos das marcas que são desprovidas de carácter distintivo.

34 O carácter distintivo de uma marca, na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, 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 das outras empresas [v., a propósito do

artigo 3.°, n.° 1, alínea b), da Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO 1989, L 40, p. 1), disposição que é idêntica ao referido artigo 7.°, n.° 1, alínea b), acórdão de 8 de Abril de 2003, Linde e o., C-53/01 a C-55/01, Colect., p. I-3161, n.° 40].

35 Esse carácter distintivo deve ser apreciado, por um lado, relativamente aos produtos ou aos serviços para os quais o registo foi pedido e, por outro, em relação à percepção que deles tem o público interessado constituído pelo consumidor médio desses produtos ou serviços, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado (v. acórdãos Linde e o., já referido, n.° 41, e de 12 de Fevereiro de 2004, Koninklijk KPN Nederland, C-363/99, Colect., p. I-1619, n.° 34).

36 A este respeito, resulta dos fundamentos dos acórdãos recorridos que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro de direito na sua interpretação do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94.

37 Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância apreciou, em conformidade com a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, a inexistência de carácter distintivo das marcas em causa em relação, por um lado, aos produtos ou aos serviços para os quais o seu registo foi pedido e, por outro, à percepção do público interessado constituído, no caso vertente, por todos os consumidores.

38 O Tribunal de Primeira Instância também referiu, com razão, que os critérios de apreciação do carácter distintivo das marcas tridimensionais constituídas pela forma do próprio produto não são diferentes dos aplicáveis às outras categorias de marcas. No entanto, recordou que, no âmbito da aplicação destes critérios, a percepção do público interessado não é necessariamente a mesma no caso de uma marca tridimensional, constituída pela forma e cores 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 no seu acondicionamento, na ausência de qualquer elemento gráfico ou textual, e, por isso, pode 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 (v., neste sentido, acórdãos Linde e o., já referido, n.° 48, e de 12 de Fevereiro de 2004, Henkel, C-218/01, Colect., p. I-1725, n.° 52).

39 Nestas condições, quanto mais a forma cujo registo é pedido se aproxima da forma mais provável que terá o produto em causa, mais verosimilmente a referida forma será desprovida de carácter distintivo nos termos do artigo 7.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 40/94. Apenas uma marca que, de forma significativa, diverge da norma ou dos hábitos do sector e, por esta razão, cumpre a sua função essencial de origem tem carácter distintivo na acepção da referida disposição (v., a respeito da disposição idêntica do artigo 3.°, n.° 1, alínea b), da Primeira Directiva 89/104, acórdão Henkel, já referido, n.° 49).

40 Daí resulta que, ao decidir que as marcas cujo registo é pedido eram desprovidas de carácter distintivo na acepção do artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro de direito à luz dessa disposição e da jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça.

41 Quanto à aplicação concreta desses critérios ao caso vertente pelo Tribunal de Primeira Instância, cabe referir que ela comporta apreciações de natureza factual. Ora, só o Tribunal de Primeira Instância é competente, por um lado, para apurar os factos, salvo nos casos em que a inexactidão material das suas conclusões resulte dos documentos do processo que lhe foram submetidos, e, por outro, para apreciar esses factos. A apreciação dos factos não constitui, portanto, excepto em caso de desvirtuação dos elementos que lhe foram submetidos, uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância (v. acórdão de 19 de Setembro de 2002, DKV/IHMI, C-104/00 P, Colect., p. I-7561, n.° 22).

42 No caso vertente, as asserções do Tribunal de Primeira Instância não revelam nenhum elemento que indicie uma desvirtuação dos elementos que lhe foram submetidos.

43 Em relação ao argumento da Henkel relativo à alegada aplicação pelo Tribunal de Primeira Instância de um imperativo de disponibilidade, há que recordar que este se baseia na inexistência de carácter distintivo da forma e das cores das pastilhas em causa.

44 Em qualquer caso, mesmo supondo que o Tribunal de Primeira Instância tenha incluído considerações de interesse geral na sua apreciação do carácter distintivo, não cometeu nenhum erro de direito a esse respeito.

45 Cada um dos motivos de recusa do registo, enumerados no artigo 7.°, n.° 1, do Regulamento n.° 40/94, é independente dos outros e exige uma análise separada. Além disso, há que interpretar os referidos motivos de recusa à luz do interesse geral que está na base de cada um deles (v., designadamente, neste sentido, acórdãos de 18 de Junho de 2002, Philips, C-299/99, Colect., p. I-5475, n.° 77, e Linde e o., já referido, n.^{os} 67 e 71).

46 O interesse geral tomado em consideração na análise de cada um desses motivos de recusa pode, ou deve mesmo, reflectir considerações diferentes, segundo o motivo de recusa em causa.

47 No que respeita ao registo enquanto marca de uma cor só por si, sem delimitação no espaço, o Tribunal de Justiça já decidiu no acórdão de 6 de Maio de 2003, Libertel (C-104/01, Colect., p. I-3793, n.° 60), que o interesse geral que está na

base do artigo 3.°, n.° 1, alínea b), da Primeira Directiva 89/104, disposição idêntica ao artigo 7.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, visa a necessidade de não restringir indevidamente a disponibilidade das cores para os restantes operadores que oferecem produtos ou serviços do tipo daqueles para os quais é pedido o registo.

48 Além disso, há que referir que não existe interesse geral em conferir toda a protecção objecto do Regulamento n.° 40/94 a uma marca que não cumpre a sua função essencial, ou seja, a de garantir ao consumidor ou ao utilizador final a identidade de origem do produto ou do serviço em causa, permitindo-lhe distinguir sem confusão possível esse produto ou serviço daqueles que têm outra proveniência.

49 Por último, em relação ao argumento da Henkel segundo o qual o IHMI já admitiu o carácter distintivo de marcas constituídas pela forma de pastilhas para máquinas de lavar roupa e para máquinas de lavar louça comparáveis com aquelas cujo registo é pedido no caso vertente, há que referir que este argumento não foi invocado no Tribunal de Primeira Instância.

50 Ora, permitir a uma parte invocar perante o Tribunal de Justiça, pela primeira vez, um fundamento não apresentado ao Tribunal de Primeira Instância equivaleria a permitir-lhe apresentar ao Tribunal de Justiça, cuja competência para julgar recursos de decisões do Tribunal de Primeira Instância é limitada, um litígio mais lato do que o submetido ao Tribunal de Primeira Instância. No âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, a competência do Tribunal de Justiça está limitada à apreciação da solução legal dada aos fundamentos debatidos em primeira instância (acórdão de 1 de Junho de 1994, Comissão/Brazzelli Lualdi e o., C-136/92 P, Colect., p. I-1981, n.° 59, e despacho de 28 de Junho de 2001, Eridania e o./Conselho, C-352/99 P, Colect., p. I-5037, n.° 53).

51 Por conseguinte, o referido argumento é inadmissível.

52 Tendo em conta o conjunto das considerações expostas, há que rejeitar a primeira parte do fundamento relativa ao carácter distintivo de uma marca.

Quanto à segunda parte do fundamento, relativa à definição do grau de atenção do consumidor médio

Argumentos das partes

53 A Henkel admite que, em princípio, o grau de atenção do consumidor médio pode variar em função do tipo de produto. No entanto, alega que, contrariamente à análise do Tribunal de Primeira Instância, nenhum elemento permite concluir que, por princípio, para os produtos de consumo corrente, o nível de atenção do consumidor não é muito elevado. Segundo a Henkel, é necessário considerar pelo contrário que, para os artigos de consumo corrente, tais como os em causa no caso vertente, o consumidor tem um interesse especial em conhecer não apenas a categoria de que faz parte o produto em causa, mas também a sua natureza exacta.

54 Além disso, os fabricantes de produtos para máquinas de lavar roupa e máquinas de lavar louça salientam claramente na sua publicidade a qualidade dos seus

diferentes produtos. Por conseguinte, o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, associa determinadas exigências de qualidade a determinados produtos e esforça-se por distinguir os produtos com base no seu aspecto.

55 O IHMI alega que os acórdãos recorridos consideraram que o público interessado é constituído por todos os consumidores, dado que os produtos para máquinas de lavar roupa e para máquinas de lavar louça apresentados sob a forma de pastilhas são bens de consumo amplamente divulgados. Segundo o IHMI, se o consumidor médio em causa só dá pouca atenção à forma e à cor precisas das pastilhas, é justamente porque elas não se vendem a granel, mas numa embalagem de onde basta retirar apenas o número de pastilhas necessárias a cada utilização. O consumidor só tem essas pastilhas na mão alguns instantes e não tem motivo para se questionar, durante esses breves instantes, qual é a pastilha que se propõe utilizar.

Apreciação do Tribunal de Justiça

56 A esse respeito, a constatação pelo Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 48 do acórdão T-335/99 e 46 do acórdão T-336/99, segundo a qual, por se tratar 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 ou para máquinas de lavar louça não é elevado, constitui uma apreciação de natureza factual que, como foi recordado no n.º 41 do presente acórdão, não está sujeita à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância uma vez que, como no caso vertente, não constitui uma desvirtuação dos elementos de facto que foram submetidos ao Tribunal de Primeira Instância.

57 Nestas condições, a segunda parte do fundamento relativa à definição do grau de atenção do consumidor médio deve também ser rejeitada.

Quanto à terceira parte do fundamento, relativa à data em que deve ser apreciado o carácter distintivo de uma marca

Argumentos das partes

58 Segundo a Henkel, o Tribunal de Primeira Instância não decidiu a questão de saber a data que deve ser tomada em consideração para apreciar a inexistência de carácter distintivo das marcas cujo registo é pedido. Esta apreciação deve ser feita, segundo a Henkel, com base nos factos tais como se apresentam na data da apresentação do pedido de registo. O requerente só pode tomar a decisão de apresentar ou não uma marca em virtude dos factos de que tem conhecimento nessa data. Para determinar se um sinal apresenta elementos característicos que vão além daqueles que são típicos de um produto ou determinados por razões técnicas, apenas os produtos conhecidos no momento da apresentação do referido pedido e as suas características típicas podem ser tomados em consideração.

59 A Henkel alega, referindo-se à situação do mercado na data de apresentação dos seus pedidos de registo, que o requisito do carácter distintivo estava preenchido nessa data. Na sua opinião, a apresentação típica dos produtos para lavar roupa e louça era então sob a forma de pó, de modo que a simples ideia das pastilhas conferia uma característica distintiva a esses produtos que superava a forma destes, que era então habitual e imposta por necessidades técnicas. A Henkel alega que as marcas cujo registo é pedido, com as suas características arbitrárias, que não são determinadas por imperativos técnicos nem associadas ao produto, apresentam características distintivas em relação aos produtos presentes no mercado na época.

60 O IHMI alega que, nos acórdãos recorridos, o Tribunal de Primeira Instância não julgou necessário decidir quanto a esse ponto pelo facto de as marcas em causa não terem carácter distintivo na data da apresentação dos pedidos de registo. O IHMI alega que os requisitos impostos para o registo de uma marca comunitária devem estar preenchidos tanto na data da apresentação do pedido como na data do seu registo. No caso vertente, é, designadamente, o facto de a combinação da forma e das cores das pastilhas se ter tornado usual que se opõe ao registo.

Apreciação do Tribunal de Justiça

61 Como resulta do n.º 34 do presente acórdão, uma marca apresenta carácter distintivo na acepção do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/92 se permitir distinguir os produtos ou serviços para os quais o registo é pedido dos de outras empresas.

62 No caso vertente, o Tribunal de Primeira Instância considerou com razão, no n.º 57 do acórdão T-335/99 e no número correspondente do acórdão T-336/99, que não era necessário decidir a questão da data pertinente para apreciar o carácter distintivo das marcas na acepção da referida disposição, uma vez que tinha decidido que as marcas cujo registo é pedido não permitiam distinguir a origem dos produtos em causa e que esta conclusão não podia ser posta em causa pelo número mais ou menos significativo de pastilhas semelhantes já presentes no mercado.

63 Nestas condições, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro de direito ao considerar que não tinha de se pronunciar quanto à questão de saber em qual das duas datas convinha apreciar o carácter distintivo das marcas em causa.

64 Por conseguinte, esta terceira parte do fundamento relativa à data em que se deve apreciar o carácter distintivo de uma marca deve ser também rejeitada.

65 Resulta do conjunto de considerações expostas que os recursos são improcedentes e, portanto, deve ser-lhes negado provimento.

Quanto às despesas

66 Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, aplicável ao recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 118.° deste 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 (Sexta Secção)

decide:

1) **É negado provimento aos recursos.**

2) **A Henkel KGaA é condenada nas despesas.**

Skouris Cunha Rodrigues Puissochet

Schintgen Macken

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 29 de Abril de 2004.

O secretário O presidente

R. Grass V. Skouris