

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)

19 de Setembro de 2001 *

No processo T-129/00,

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 Sørberg, na qualidade de agentes,

recorrido,

* Língua do processo: francês.

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 8 de Março de 2000 (processo R 508/1999-1) notificada à recorrente em 13 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, administrador,

vista a petição de recurso que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 12 de Maio de 2000,

vista a contestação que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 27 de Julho de 2000,

e após a audiência de 5 de Abril de 2001,

profere o presente

Acórdão

Factos subjacentes ao litígio

- 1 Em 7 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 rectangular com um rebordo canelado e cantos ligeiramente arredondados, mosqueada e com uma depressão triangular escura no centro, na face superior. Não foi reivindicada nenhuma cor.

- 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; perfumaria, óleos essenciais, cosméticos, loções para cabelo; pastas dentífricas».

- 4 Por decisão de 17 de Junho de 1999, o examinador recusou o pedido de registo ao abrigo do artigo 38.º do Regulamento n.º 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.º do Regulamento n.º 40/94, contra a decisão do examinador.
- 6 Foi negado provimento ao recurso por decisão de 8 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.º do Regulamento n.º 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 no presente caso, a Câmara de Recurso constatou que a forma rectangular da pastilha não lhe confere um carácter distintivo. Segundo a

Câmara de Recurso, as formas geométricas de base (quadrada, redonda 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 rectangular para o fabrico de detergentes sólidos. A Câmara de Recurso afirmou que as características suplementares reclamadas pela recorrente, isto é, os cantos «com uma reentrância», o rebordo biselado e o centro côncavo são variantes banais da apresentação normal dos produtos. Estas características não permitem registar a forma reivindicada como uma marca, no sentido de que, olhando para ela, um consumidor não pode deduzir a origem da pastilha. Segundo a Câmara de Recurso, a utilização de uma cor escura para o centro côncavo não dá à forma reivindicada carácter distintivo. Precisou que a utilização de cores diferentes é banal e que, para além do aspecto decorativo, é susceptível de indiciar a presença de diferentes agentes activos. A Câmara de Recurso acrescenta 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 a T-121/00 e T-128/00, 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.º 59, e jurisprudência aí citada). O mesmo se aplica a um recurso interposto ao abrigo do artigo 63.º do Regulamento n.º 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.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 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 e do desenho 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.º 40/94.
- 17 Quanto à forma da marca, a recorrente afirma que resulta do artigo 4.º do Regulamento n.º 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.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, só o sendo no quadro da apreciação do pedido de marca à luz do artigo 7.º, n.º 1, alínea e), do mesmo regulamento.
- 19 Relativamente à alusão, feita pela Câmara de Recurso no quadro da discussão a respeito do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, ao motivo de recusa constante do artigo 7.º, n.º 1, alínea e), deste mesmo regulamento, a recorrente observa que podem ser escolhidas outras formas de pastilhas, que até parecem preferíveis, como por exemplo a forma 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 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. Por maioria de razão, a marca pedida tem, segundo a recorrente, carácter distintivo devido à incrustação no centro da pastilha, num tom mais escuro do que o conjunto, e às suas outras características.
- 21 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. Para a recorrente não existe, até à data, nenhum produto detergente no mercado com uma forma semelhante à reivindicada neste caso.
- 22 O argumento da Câmara de Recurso, segundo o qual a forma de base das pastilhas deve estar disponível para poder ser utilizada 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.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 — o que a recorrente não admite — não o é no presente contexto, porque a marca pedida não é constituída apenas por esse elemento.
- 23 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 e não, por exemplo, a impedir os outros operadores de utilizarem a forma rectangular 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 marcas 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.

- 24 Por último, no que diz respeito às afirmações sobre a necessidade de aplicação uniforme do Regulamento n.º 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, o pedido de marca n.º 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.
- 25 Respondendo a uma pergunta do Tribunal, a recorrente precisou que o seu pedido de marca não diz respeito apenas aos produtos para máquinas de lavar roupa e louça sob a forma de pastilhas, mas a todos os produtos mencionados no seu pedido, provenientes não apenas do seu departamento de produtos detergentes e domésticos, mas também do seu departamento de produtos de beleza. Relativamente a estes últimos produtos, a marca tridimensional pedida não corresponde necessariamente à forma do próprio produto, mas pode constituir um «gadget» publicitário ligado ao produto. A recorrente alega ainda que o Instituto não fundamentou a recusa de registo da marca pedida na parte respeitante aos produtos de beleza.

- 26 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.
- 27 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.
- 28 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.
- 29 Para o Instituto, uma marca tem carácter distintivo, na acepção do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 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.
- 30 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.

- 31 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.
- 32 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.
- 33 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.
- 34 Em terceiro lugar, o Instituto procede à análise da marca pedida.
- 35 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.

- 36 O Instituto considera que, não tendo a marca pedida sido objecto de uma representação gráfica a cores e não tendo sido reivindicada qualquer cor, o carácter distintivo da marca deve ser apreciado com base nos diferentes tons de cinzento, que não podem ser havidos como cores diferentes. Segundo o Instituto, esses tons não são distintivos e o consumidor vê-os como a indicação da presença de um ingrediente activo suplementar. Para o Instituto, o cinzento não é uma cor susceptível de conferir carácter distintivo a um objecto funcional. Na audiência, precisou que o carácter distintivo de uma marca apresentada sem indicação de cor é apreciado sem ter em conta a utilização eventual dessa marca numa versão colorida. Acrescentou que, admitindo que uma marca desse tipo seja registada, o titular pode, porém, na maior parte dos casos, opor-se à utilização, por terceiros, de uma versão colorida da marca.
- 37 Relativamente às outras características da marca pedida, o Instituto afirma que o consumidor não reparará nos rebordos biselados, que estes têm carácter funcional e que são correntes no caso destas pastilhas. A concavidade, quase impossível de distinguir, só constitui um elemento inserido contendo o ingrediente activo suplementar, num cinzento mais escuro do que o conjunto.
- 38 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.
- 39 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.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 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.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 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.

- 40 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 o pedido de marca n.º 924 829 foi publicado no Boletim das marcas comunitárias, mas que a marca correspondente não foi registada. Além disso, o Instituto sustenta que, mesmo admitindo que o Instituto tivesse efectivamente registado essa marca, essa decisão seria errada e a recorrente não poderia apoiar-se nela para requerer a adopção de uma decisão que seria uma repetição do erro.
- 41 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.

- 42 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.
- 43 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.
- 44 Finalmente, tendo a recorrente precisado que o seu pedido de marca se referia igualmente a produtos de beleza, o Instituto afirmou, na audiência, que estava pronto a reapreciar os motivos de recusa em relação a esses outros produtos incluídos no pedido.

Apreciação do Tribunal

- 45 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.
- 46 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 pelo desenho do próprio produto. Em contrapartida, no que diz respeito aos produtos destinados a cuidados pessoais para os quais foi pedido o registo da marca, igualmente incluídos na classe 3, já referida, sob a descrição «perfumaria, óleos essenciais, cosméticos, loções para cabelo; pastas dentífricas», é dificilmente concebível que a marca pedida seja constituída pela própria forma do produto.

47 Relativamente aos produtos domésticos, resulta do artigo 4.º do Regulamento n.º 40/94 que a forma do produto se conta 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.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 em relação a um produto ou a um serviço determinado.

48 Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 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).

49 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.

50 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.

51 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.

52 Importa realçar que os produtos domésticos 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).

- 53 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.º 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 ao desenho das pastilhas para máquinas de lavar roupa e louça não é elevado.
- 54 Para apurar se a combinação da forma e do desenho 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 um por um dos diferentes elementos da apresentação utilizados.
- 55 Não tendo sido reivindicada nenhuma cor pela recorrente, a marca pedida só poderia exercer a sua função de identificador dos produtos em função da sua origem se o consumidor médio, quando olhasse para uma pastilha rectangular com um rebordo canelado, mosqueado e com uma incrustação triangular, fosse levado a reconhecê-la, independentemente da sua cor, e a atribuir todos os produtos assim apresentados à mesma origem.
- 56 A forma tridimensional cujo registo foi pedido, isto é, uma pastilha rectangular, 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. O rebordo canelado é uma variante

pouco perceptível da forma de base e também não tem influência na impressão de conjunto proporcionada pela pastilha.

57 Quanto ao mosqueado e à incrustação triangular escura no centro da pastilha, importa examinar, em primeiro lugar, a alegação da recorrente segundo a qual a Câmara de Recurso não teve em conta esse mosqueado. Se é verdade que, na decisão impugnada, a Câmara de Recurso não examinou explicitamente esse aspecto, sublinhou, no entanto, ao referir-se à incrustação triangular, que a utilização de cores diferentes para os produtos em causa é corrente (ponto 18). Esta afirmação permite compreender que a Câmara de Recurso considerou que o mosqueado não era susceptível de tornar a marca pedida distintiva, porque se trata de um elemento de apresentação corrente. À este propósito, a decisão impugnada está, pois, suficientemente fundamentada.

58 Saliente-se, a seguir, que o público em causa está habituado à presença de elementos claros e escuros 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, podendo ser mais escuras ou mais claras que a cor de base do produto. 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. Estas partículas coloridas evocam, portanto, sem no entanto poderem, por isso, ser consideradas como uma indicação descritiva na acepção do artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 40/94, certas qualidades do produto. Não se pode deduzir, porém, da inaplicabilidade deste último motivo de recusa, que os elementos claros ou escuros 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 claros e escuros como a sugestão de certas qualidades do produto e não como a indicação da sua origem.

59 Relativamente ao facto de, além do mosqueado, a pastilha em causa apresentar, no centro e na face superior, uma incrustação triangular, há que salientar que a

afirmação da Câmara de Recurso, segundo a qual a presença dessa incrustação 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 de uma incrustação no meio da pastilha faz parte das soluções que vêm naturalmente à mente. O facto de essa incrustação formar uma ligeira concavidade no centro da pastilha não altera significativamente o aspecto desta e não é, portanto, susceptível de influenciar a percepção do consumidor.

- 60 A escolha da forma triangular para a incrustação também não é suficiente para conferir à marca pedida um carácter distintivo. Com efeito, a associação de duas formas geométricas de base, tal como aparece na pastilha, faz parte das variantes na apresentação do produto em causa que vêm naturalmente à mente. Na falta de qualquer elemento de apresentação suplementar susceptível de influenciar a percepção do consumidor, esta combinação de formas não permite ao público visado distinguir os produtos assim apresentados de outros com uma diferente origem comercial.
- 61 A eventualidade de os consumidores adquirirem, apesar disso, o hábito de reconhecer o produto com base nessa combinação de formas não basta, por si só, para afastar o motivo de recusa baseado no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94. Essa evolução na percepção do sinal pelo público só poderá ser tomada em conta, se for provada, no quadro do artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento n.º 40/94.
- 62 É irrelevante, neste contexto, que a combinação específica das formas geométricas não seja utilizada actualmente em produtos para máquinas de lavar roupa ou louça. Com efeito, são possíveis combinações diferentes destes elementos de apresentação através de uma modificação das formas geométricas de base e da junção de incrustações e de mosqueado. As divergências daí resultantes quanto ao

aspecto das várias pastilhas não bastam para permitir que cada uma destas pastilhas funcione como um indicador da origem do produto, quando se trata, como no presente caso, de variações que vêm naturalmente à mente das formas de base do produto.

- 63 Atendendo à impressão de conjunto que sobressai da forma e do desenho da pastilha em causa, a marca pedida não permite ao público visado distinguir esses produtos dos que têm outra origem comercial, quando efectua a sua escolha no acto da compra.
- 64 Acrescente-se que a falta de aptidão da marca pedida para indicar *a priori* e independentemente da sua utilização na acepção do artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento n.º 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.
- 65 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 decisivo, 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.º 16, e de 31 de Janeiro de 2001, Sunrider/IHMI (VITALITE), T-24/00, Colect., p. II-449, n.º 33]. Além disso, a recorrente não sustenta que uma marca idêntica à pedida foi registada por um serviço nacional de registo. 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.

- 66 No que se refere à prática do próprio Instituto, resulta das respostas deste às perguntas do Tribunal que o pedido de marca comunitária cuja publicação foi invocada pela recorrente não se concluiu por nenhum registo e que se prevê o seu indeferimento. Nestas circunstâncias, o argumento baseado na publicação desse pedido ficou, de qualquer modo, sem objecto.
- 67 Por conseguinte, os argumentos da recorrente a respeito da prática do Instituto e de certos serviços nacionais de registo não procedem.
- 68 De onde se conclui que a Câmara de Recurso julgou acertadamente que a marca tridimensional pedida não tinha carácter distintivo relativamente aos produtos da classe 3 na acepção do Acordo de Nice e correspondentes 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».
- 69 Relativamente à argumentação da recorrente a respeito da tomada em consideração, pela Câmara de Recurso, da necessidade de manter disponível a forma da pastilha em causa, há que notar que os motivos absolutos de recusa constantes do artigo 7.º, n.º 1, alíneas b) a e), do Regulamento n.º 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.º 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 o desenho 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.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 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.º, n.º 3, do Regulamento n.º 40/94, desempenhar a função de uma marca, isto é, permitir ao público em causa distinguir esse produto dos que têm outra origem comercial.

70 Cabe salientar que, se é certo que a Câmara de Recurso se refere, na decisão impugnada, ao interesse que há 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 apreciação que faz, no ponto 18 da decisão impugnada, da percepção das características da marca solicitada pelo público em causa é, pois, conforme aos princípios acima enunciados.

71 Finalmente, no que diz respeito aos produtos da classe 3 do Acordo de Nice, sob a descrição «perfumaria, óleos essenciais, cosméticos, loções para cabelo; pastas dentífricas», a Câmara de Recurso não explica, na decisão impugnada, quais os motivos por que considerou que a marca pedida era desprovida de carácter distintivo.

72 De onde resulta que o Tribunal não pode, no presente caso, exercer o seu controlo da legalidade da decisão impugnada em relação a esses produtos. Há que declarar

que a decisão impugnada está, neste aspecto, viciada, por violação do dever de fundamentação, imposto pelo artigo 73.º do Regulamento n.º 40/94. O facto de a recorrente só ter invocado esse vício na audiência não impede a sua apreciação pelo Tribunal, dado que a falta de fundamentação constitui um fundamento de ordem pública que deve ser conhecido oficiosamente (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 67).

- 73 A decisão impugnada deve, pois, ser anulada na parte em que diz respeito aos produtos da classe 3 do Acordo de Nice e correspondentes à seguinte descrição: «perfumaria, óleos essenciais, cosméticos, loções para cabelo; pastas dentífricas», e negado provimento ao recurso quanto ao mais.

Quanto às despesas

- 74 Por força do disposto no n.º 3 do artigo 87.º 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 a decisão impugnada é parcialmente anulada, 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) A decisão da Primeira Câmara de Recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) de 8 de Março de 2000 (processo R 508/1999-1), é anulada relativamente aos produtos da classe 3 do Acordo de Nice e correspondentes à seguinte descrição: «perfumaria, óleos essenciais, cosméticos, loções para cabelo, pastas dentífricas».
- 2) Nega-se provimento ao recurso quanto ao mais.
- 3) Condena-se 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