CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILIPPE LÉGER apresentadas em 14 de Setembro de 2006 [1]

1. Uma característica que desempenha uma função e faz parte da imagem de um produto pode constituir uma marca na acepção da Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho [2] e, em caso afirmativo, em que condições?

2. Estas são, em substância, as questões colocadas pela High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Reino Unido), no âmbito de um litígio que opõe a sociedade Dyson Ltd (a seguir «Dyson» ou «demandante») ao Registrar of Trade Marks que tem por objecto o registo como marca de um recipiente transparente de recolha de pó integrado nos modelos de aspiradores Dyson.

I — Quadro jurídico

A — *Regulamentação internacional*

3. O Acordo sobre os Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (a seguir o «acordo TRIPs»), que constitui o anexo 1C do acordo que instituiu a Organização Mundial do Comércio, de 15 de Abril de 1994, foi aprovado em nome da Comunidade Europeia, na parte que se refere a matérias da sua competência, pela Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994 [3].

4. O artigo 7.º do acordo TRIPs dispõe:

«A protecção e a aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e divulga-

1 — Língua original: francês.

2 — Primeira directiva de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO L 40, 1989, p. 1, a seguir «directiva»).

3 — JO L 336, p. 1 e 214.

ção de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e económico, bem como para um equilíbrio entre direitos e obrigações.»

B — *Regulamentação comunitária*

5. A directiva foi adoptada pelo Conselho com vista a eliminar disparidades entre as legislações dos Estados-Membros susceptíveis de entravar a livre circulação dos produtos e a livre prestação de serviços e de distorcer as condições de concorrência no mercado comum [4]. A mesma limita a aproximação às disposições nacionais que tenham uma incidência mais directa sobre o funcionamento do mercado interno [5]. Entre essas disposições estão as que definem as condições a que está subordinado o registo de uma marca [6] e as que determinam a protecção de que gozam as marcas regularmente registadas [7].

6. O artigo 2.º da directiva define da seguinte maneira os sinais susceptíveis de constituir uma marca:

«Podem constituir marcas todos os sinais susceptíveis de representação gráfica, nomeadamente as palavras, incluindo os nomes de pessoas, desenhos, letras, números, a forma do produto ou da respectiva embalagem, na condição de que tais sinais sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de um empresa dos de outras empresas.»

7. O artigo 3.º da directiva enumera os motivos de recusa ou de nulidade que podem ser opostos ao registo de uma marca. O referido artigo 3.º, n.º 1, prevê:

«Será recusado o registo ou ficarão sujeitos a declaração de nulidade, uma vez efectuados, os registos relativos:

a) Aos sinais que não possam constituir uma marca;

b) Às marcas desprovidas de carácter distintivo;

c) Às marcas constituídas exclusivamente por sinais ou indicações que possam servir, no comércio, para designar a espécie, a qualidade, a quantidade, o

4 — Primeiro considerando da directiva.
5 — Terceiro considerando da directiva.
6 — Sétimo considerando da directiva.
7 — Nono considerando da directiva.

destino, o valor, a proveniência geográfica ou a época de produção do produto ou da prestação do serviço, ou

d) Às marcas constituídas exclusivamente por sinais ou indicações que se tenham tornado usuais na linguagem corrente ou nos hábitos leais e constantes do comércio;

e) Aos sinais constituídos exclusivamente:

— pela forma imposta pela própria natureza do produto,

— pela forma do produto necessária à obtenção de um resultado técnico,

— pela forma que confira um valor substancial ao produto;

[...]»

8. O artigo 3.º, n.º 3, da directiva prevê que o registo de uma marca não será recusado ou, tendo a mesma sido registada, não será susceptível de ser declarado nula por força do n.º 1, alíneas b), c) ou d) da mesma disposição se, antes da data do pedido de registo e após o uso que dele foi feito, a marca tiver adquirido carácter distintivo.

9. O artigo 5.º da directiva determina seguidamente os direitos que o registo da marca confere ao seu titular. O n.º 1 desta disposição tem a seguinte redacção:

«1. A marca registada confere ao seu titular um direito exclusivo. O titular fica habilitado a proibir que um terceiro, sem o seu consentimento, faca uso na vida comercial:

a) De qualquer sinal idêntico a marca para produtos ou serviços idênticos aqueles para os quais a marca foi registada;

b) De um sinal relativamente ao qual, devido a sua identidade ou semelhança com a marca e devido à identidade ou semelhança dos produtos ou serviços a que a marca e o sinal se destinam,

exista, no espírito do público, um risco de confusão que compreenda o risco de associação entre o sinal e a marca.»

C — *A legislação nacional*

10. A lei sobre as marcas (Trade Marks Act) de 1994 (a seguir a «Act de 1994»), que transpôs a directiva para o direito inglês, definiu, na sua section 1(1), o conceito de marca como sendo «qualquer sinal susceptível de representação gráfica e que seja adequado a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas». Nos termos desta mesma disposição, «uma marca pode consistir, especificamente, em palavras (incluindo nomes de pessoas), desenhos, letras, números, ou na forma do produto ou da respectiva embalagem».

11. As causas de recusa de registo de uma marca estão previstas na section 3 do Act de 1994. Esta disposição encontra-se redigida da forma seguinte:

«1. Será recusado o registo:

a) de sinais que não cumpram os requisitos previstos na section 1(1);

b) de marcas desprovidas de carácter distintivo,

c) de marcas constituídas 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 produção do produto ou da prestação do serviço, ou outras características dos mesmos;

d) de marcas constituídas exclusivamente por sinais ou indicações que se tenham tornado usuais na linguagem corrente ou nos hábitos leais e constantes do comércio:

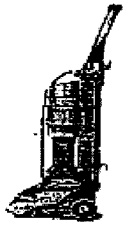
Não será recusado o registo de uma marca nos termos das alíneas b), c) ou d), se antes da data do pedido de registo e após o seu uso, a marca tiver adquirido carácter distintivo

[...]»

II — Os factos e o processo principal

12. Desde 1993, a Dyson fabrica e comercializa o aspirador Dual Cyclone, um aspirador sem saco no qual está integrado um recipiente transparente de recolha de pó e de lixo.

13. Em 10 de Dezembro de 1996, a sociedade Notetry Ltd [8] apresentou um pedido de registo nos termos do Act de 1994. Este pedido foi formalizado através do impresso de pedido de registo pelas representações e descrições seguintes:



«A marca consiste num recipiente transparente ou câmara de recolha que faz parte da superfície externa de um aspirador, tal como indicado na figura».



«A marca consiste num recipiente transparente ou câmara de recolha que faz parte da superfície externa de um aspirador, tal como indicado na figura».

14. O pedido de registo foi apresentado para produtos da classe 9 na acepção do Acordo de Nice [9], que corresponde à seguinte descrição:

«Aparelhos para limpar, dar brilho e lavar com champô chão e tapetes; aspiradores de pó; máquinas de lavar alcatifas, enceradoras; peças e acessórios para todos os artigos atrás referidos.»

8 — Esta sociedade é propriedade de James Dyson, igualmente presidente da Dyson.

9 — Acordo de Nice relativo à Classificação Internacional de Produtos e Serviços para o Registo de Marcas, de 15 de Junho de 1957, como revisto e alterado.

15. Por decisão de 23 de Julho de 2002, o examinador (Registrar of Trade Marks) recusou este pedido com o fundamento de o sinal ser desprovido de carácter distintivo na acepção da section 3 (1) (b), do Act de 1994. Referiu igualmente que o recipiente de recolha transparente servia, afinal, para determinar o tipo e a finalidade do produto em causa, o que constituía, nos termos da section (3) (1) (c), do referido Act, uma causa absoluta de recusa de registo.

16. A Dyson interpôs recurso desta decisão na High Court of Justice, em 16 de Agosto de 2002.

III — Questões prejudiciais

17. Na sua decisão de reenvio [10], a High Court of Justice considera, desde logo, que as marcas cujo registo foi requerido são desprovidas de carácter distintivo na acepção da section (3) (1), alínea b), do Act de 1994 [11].

18. Refere igualmente que estas marcas apresentam um carácter descritivo das características dos produtos em causa, na acepção da secção (3) (1), alínea c), do referido Act [12] e não permitem aos consumidores identificar a origem comercial do produto.

19. A High Court of Justice sublinha, ainda, que o pedido de registo em causa poderia ser recusado devido ao monopólio que o registo da marca conferiria na utilização de um material que, no seu entender, deveria ficar à livre disposição dos fabricantes de aspiradores sem saco.

20. Em seguida, o órgão jurisdicional de reenvio [13] questiona-se quanto ao facto de saber se as marcas em causa, à data do pedido de registo, isto é em 1996, e após o uso que delas foi feito, não adquiriram carácter distintivo na acepção da secção (3) (1), alínea b), do Act de 1994 [14].

21. Tendo por base os depoimentos prestados perante o examinador, a High Court of Justice refere desde logo que, em 1996 e

10 — N.os 38 a 42.

11 — Esta disposição transpõe o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), da directiva.

12 — Esta disposição transpõe o artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da directiva.

13 — Decisão de reenvio, n.os 43 a 45.

14 — Esta disposição transpõe o artigo 3.º, n.º 3, da directiva.

durante todo o período em que a Dyson deteve um monopólio de facto no mercado em causa, os consumidores associaram o recipiente de recolha transparente a um aspirador sem saco. Salienta, em seguida, que foi através da publicidade e devido à inexistência de um produto concorrente no mercado, que estes consumidores foram informados de que se tratava de um aspirador produzido pela Dyson. Em contrapartida, o órgão jurisdicional de reenvio refere que, nessa data, o recipiente transparente de recolha em causa não fora objecto de qualquer promoção activa como marca por parte da empresa.

22. Tendo em conta o decidido pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão Philips [15], o órgão de reenvio coloca então a questão de saber se a detenção de um tal monopólio, que leva o consumidor a associar o sinal a esse único fabricante, é suficiente para lhe conferir um carácter distintivo nos termos do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva. A esse respeito, a High Court of Justice questiona-se sobre se é necessário exigir uma promoção activa do sinal como marca.

23. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, esta questão reveste-se de especial importância, na medida em que a concessão da marca em causa conferiria à demandante o direito exclusivo de utilizar o plástico transparente como um indicador de origem comercial do produto para além do período durante o qual a empresa era a única que fabricava aspiradores sem saco.

24. Foi à luz destas considerações que a High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) Para que um sinal (que não é uma forma) constituído por uma característica que desempenha uma função e faz parte da imagem de um novo tipo de produto, usado pelo requerente da marca e relativamente ao qual este deteve, até ao momento do pedido, um monopólio de facto, possua carácter distintivo na acepção do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 89/104/CE, basta que, no momento do pedido, uma parte significativa do público interessado associe os produtos que exibem esse sinal ao requerente, e não a qualquer outro produtor?

2) Em caso de resposta negativa, o que é necessário para que o sinal obtenha carácter distintivo e, em particular, exige-se que o seu utilizador o tenha promovido como marca?»

15 — Acórdão de 18 de Junho de 2002 (C-299/99, Colect., p. I-5475).

IV — Análise

A — *Observações das partes*

25. A título liminar, a demandante sublinha que os sinais objecto do pedido de registo em causa não consistem numa forma, mas no recipiente transparente de recolha propriamente dito. Refere igualmente que o pedido também não tem por objecto uma cor, mas a inexistência de cor, a transparência. Esta última permite ao consumidor verificar a quantidade de resíduos e de pó armazenados no recipiente e mostrar-lhe quando está cheio. Segundo a Dyson, este resultado pode ser alcançado por outros processos técnicos, como a colocação de uma janela de verificação ou de um sinal luminoso no aspirador.

26. A demandante considera, em seguida, não ser necessário que um sinal tenha sido objecto de promoção como marca para adquirir carácter distintivo na acepção do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva. Segundo a Dyson, basta que, no momento do pedido, uma parte significativa do público interessado associe o produto em causa à demandante e não a qualquer outro produtor. Esta conclusão decorre não apenas do preâmbulo e dos objectivos da directiva, mas igualmente do acórdão do Tribunal de Justiça Windsurfing Chiemsee [16].

27. No caso em apreço, a demandante especifica os elementos que, no seu entender, deveriam bastar para se reconhecer a um sinal carácter distintivo, na acepção do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva. São três essas características. Desde logo, o sinal deve distinguir os produtos para os quais foi pedido o registo. A natureza distintiva do mesmo deve, seguidamente, permitir que uma parte significativa do público interessado associe os produtos a uma empresa. Finalmente, a ligação estabelecida com a empresa em causa deve perdurar depois do fim do monopólio de facto e aparecerem novos operadores no mercado.

28. Quanto ao Governo do Reino Unido e à Comissão das Comunidades Europeias, partes intervenientes, entendem, pelo contrário que, para adquirir carácter distintivo na acepção do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva, é necessário que o sinal tenha sido utilizado como marca.

29. Baseiam-se, nomeadamente na análise adoptada pelo Tribunal de Justiça no acór-

16 — Acórdão de 4 de Maio de 1999 (C-108/97 e C-109/97, Colect., p. I-2779). Nas suas observações, a demandante faz referência, nomeadamente aos n.os 51 e 52 do referido acórdão.

dão Philips, já referido, nos termos da qual «a identificação do produto pelos meios interessados como sendo proveniente de empresa determinada deve ser efectuada graças ao uso da marca enquanto marca e, portanto, graças à natureza e ao efeito desta, que a tornam adequada a distinguir o produto em causa dos de outras empresas» [17].

30. Tanto o Governo do Reino Unido como a Comissão defendem que esta exigência tem por objectivo evitar que um fornecedor monopolista possa impedir a introdução, no mercado, de produtos que utilizem a mesma característica funcional pelo simples facto de os seus produtos terem nele sido colocados no mercado numa altura em que era o único que recorria a essa técnica.

31. Contudo, ao contrário do Governo do Reino Unido, a Comissão entende que há que colocar a questão de saber, a título prévio, se os sinais em causa são verdadeiramente susceptíveis de constituir uma marca na acepção do artigo 2.º da Directiva [18].

32. A Comissão interroga-se em primeiro lugar se os sinais em causa no presente litígio constituem verdadeiros «sinais» nos termos desta disposição. Com efeito, o pedido de registo tem por objectivo registar o conceito de recipiente transparente de um aspirador, independentemente da sua forma. Ora, segundo a Comissão, um conceito não é um sinal, na medida em que não é apreendido por um dos cinco sentidos do corpo humano, sendo-o unicamente por apelo à imaginação [19].

33. Admitir esta abordagem seria, no entender da Comissão, pôr em causa a lógica subjacente ao artigo 3.º, n.º 1, alínea e), da Directiva.

34. Em qualquer caso, a Comissão entende que a representação gráfica dos sinais de que a Dyson pede o registo no processo principal, não cumpre a exigência de uma representação gráfica «clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objectiva», enunciada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Sieckmann, já referido [20]. Com efeito, os referidos sinais não correspondem a nenhuma forma especial, podendo assumir várias. Por outro lado, o conceito de transparência é ambíguo. A Comissão questiona ainda se as representações gráficas que consistem numa descrição verbal e em imagens representativas dos exemplos do conceito podem ser consideradas suficientemente claras e precisas.

17 — N.º 64.

18 — A Comissão baseia-se nomeadamente na análise adoptada pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 6 de Maio de 2003, Libertel (C-104/01, Colect., p. I-3793, n.os 22 e 23).

19 — A Comissão faz referência às conclusões do advogado geral Ruiz-Jarabo Colomer no processo Sieckmann [acórdão de 12 de Dezembro de 2002 (C-273/00, Colect., p. I-11737)].

20 — V., nomeadamente, n.os 54 e 55 desse acórdão.

B — *Objecto do litígio*

35. No presente litígio, o órgão jurisdicional de reenvio coloca ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais referentes ao artigo 3.°, n.° 3, da directiva, com vista a determinar se, e em que condições, uma característica funcional que faz parte da imagem de um produto pode adquirir carácter distintivo pelo uso que dela foi feito.

36. Decorre de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que compete apenas ao juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão, como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça [21].

37. Todavia, o Tribunal de Justiça considera ser sua missão interpretar todas as disposições do direito comunitário de que os órgãos jurisdicionais nacionais têm necessidade para decidir sobre os litígios que lhes são submetidos, ainda que essas disposições não sejam expressamente referidas nas questões que lhe são submetidas por esses órgãos jurisdicionais [22].

38. Assim, no acórdão Libertel, já referido, relativo ao registo como marca da cor laranja para produtos e serviços de telecomunicações, o Tribunal considerou que a apreciação das questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio exigia que fosse determinado previamente se uma cor por si só é susceptível de constituir uma marca nos termos do artigo 2.° da directiva [23].

39. Em meu entender, este raciocínio pode validamente aplicar-se ao caso em apreço. Com efeito, entendo, como a Comissão, que o exame das questões colocadas pela High Court of Justice necessita que se determine, a título prévio, se uma característica funcional, tal como a que está em causa na acção principal, é susceptível de constituir uma marca nos termos do artigo 2.° da Directiva.

C — *As condições previstas no artigo 2.° da directiva*

40. Para que uma indicação possa constituir uma marca na acepção do artigo 2.° da

21 — V., nomeadamente, acórdãos de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.° 59), e de 22 de Junho de 2006, Conseil Général de la Vienne (C-419/04, ainda não publicado na Colectânea, n.° 19).

22 — V. acórdão de 18 de Março de 1993, Viessmann (C-280/91, Colect., p. I-971, n.° 17), e, a título ilustrativo, acórdão de 25 de Fevereiro de 1999, Swaddling (C-90/97, Colect., p. I-1075, n.° 21).

23 — N.° 22.

directiva, deverá preencher três condições. Em primeiro lugar, deve constituir um sinal [24]. Em segundo lugar, esse sinal deve ser susceptível de representação gráfica. Em terceiro lugar, o referido sinal deve ser adequado a distinguir os produtos ou os serviços de uma empresa dos de outra [25]. Apenas as indicações que reúnam estas três condições podem ser registadas como marca.

41. Como precisa o sétimo considerando da directiva, o seu artigo 2.º estabelece uma «lista ilustrativa» dos sinais susceptíveis de constituir uma marca. Entre esses sinais figuram «*nomeadamente* as palavras, incluindo os nomes de pessoas, desenhos, letras, números, a forma do produto ou da respectiva embalagem» [26]. Como decorre dos termos do referido artigo, esta enumeração não é taxativa.

42. A disposição em causa não refere o caso em que uma marca é constituída por uma característica funcional de um produto. Contudo, não o exclui expressamente. Importa, por isso examinar se essa característica é susceptível de preencher as condições fixadas no artigo 2.º da directiva.

24 — Foi no acórdão Libertel, já referido, que o Tribunal de Justiça, pela primeira vez, se referiu à existência de um sinal como condição autónoma de susceptibilidade de constituir uma marca, na acepção do artigo 2.º da directiva.

25 — V., nomeadamente, os acórdãos já referidos, Philips (n.º 37) e Libertel (n.º 23), bem como o acórdão de 24 de Junho de 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, Colect., p. I-6129, n.º 22).

26 — O sublinhado é meu.

43. Ao contrário do que defende a demandante e o Governo do Reino Unido, entendo que uma característica que desempenha uma função e faz parte da imagem de um produto não reúne as condições requeridas por esta disposição para constituir uma marca, na medida em que não constitui, em minha opinião, um sinal susceptível de representação gráfica adequada a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas.

1. Existência de um sinal

44. Para efeitos da aplicação do artigo 2.ºda directiva deve primeiro de tudo referir-se que, no contexto no qual é utilizado, o recipiente de recolha transparente, cujo registo é pedido, apresenta-se efectivamente como um sinal. Como referiu o Tribunal de Justiça, o objectivo desta exigência é, designadamente, o de impedir que o direito das marcas seja falseado pela finalidade de obter uma vantagem concorrencial indevida [27].

45. Como já afirmei, a Dyson pede o registo como marca de um «recipiente transparente ou câmara de recolha que faz parte da parte exterior de um aspirador», como foi representado no seu pedido de registo.

27 — V., nomeadamente, acórdão Heidelberger Bauchemie, já referido, n.º 24.

46. Trata-se de um recipiente composto por um corpo transparente e amovível que se encontra integrado na estrutura exterior de um aspirador passando a fazer parte da sua forma, linha e contornos. Este recipiente, que se destina a recolher pós e lixo aspirados do solo, tem desde logo um carácter funcional e utilitário. Evita que o consumidor tenha que comprar sacos e filtros para aspiradores. Permite igualmente ao utilizador verificar o nível de enchimento do recipiente. Este recipiente pode, depois, ter uma função estética, na medida em que faz parte da forma do produto no qual está incorporado.

47. Como a Comissão, penso que a demandante vem solicitar, na realidade, a protecção de um novo conceito de recolha, armazenamento e recolha de resíduos [28]. Este conceito, desenvolvido pela empresa Dyson, permite, nomeadamente, como acabámos de ver, evitar a utilização de sacos e de filtros para aspiradores e informar o utilizador de que o recipiente está cheio.

48. Segundo o dicionário de língua francesa, um conceito é uma «[r]epresentação mental geral e abstracta de um objecto» [29] e faz apelo à imaginação. Na pratica, o desenvolvimento de um conceito pode levar à realização de uma grande diversidade de objectos.

49. No presente litígio, verifico que o que se pretende com o pedido de registo é, na realidade, obter direitos exclusivos sobre todos os aspectos possíveis que a característica funcional em causa pode assumir.

50. Desta forma, no impresso de apresentação desse pedido, o recipiente está representado sob duas formas distintas, adaptadas aos dois modelos de aspiradores em que se integra. Na primeira figura, que representa um aspirador da gama dos aspiradores-escovadores, o recipiente aparenta consistir num envelope circular em torno da coluna de aspiração da máquina. Na segunda figura, que representa um aspirador da gama dos aspiradores de arrasto, a forma e as dimensões do recipiente são diferentes e aparentam formar apenas uma meia-lua em torno dessa coluna.

51. Porém, estas representações não são exclusivas. Efectivamente, a protecção requerida não se limita a uma forma, nem a uma combinação, nem a um ajuste particular, devendo unicamente a característica em causa fazer parte da superfície exterior do aspirador e permitir ao utilizador ver através do recipiente. Ora, as possibilidades referentes à forma, às dimensões, à apresentação, e mesmo a composição desse recipiente, em relação ao produto considerado, são inúmeras e não dependem apenas dos modelos de aspiradores desenvolvidos pela demandante, mas também das inovações tecnológicas. Quanto à transparência, esta permite a

28 — Ponto n.º 6 das observações da Comissão.

29 — *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, Paris, Éditions Dictionnaires Le Robert, 2004.

utilização de inúmeras cores. Assim, o beneficiário de uma marca constituída pela característica funcional em causa pode utilizar um recipiente de forma circular ou rectangular, com ou sem punho, o qual, ainda que transparente, pode ter diferentes cores.

52. Finalmente, como reconhece a demandante nas suas observações, o pedido de registo em causa não visa a protecção de uma forma mas do recipiente transparente de recolha propriamente dito. Este pedido também não visa a protecção de uma cor, mas, pelo contrário, a inexistência de cor, ou seja, a transparência [30].

53. Não obstante a extensa jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre os sinais susceptíveis de constituir uma marca nos termos do artigo 2.º da directiva, julgo que esse conceito como foi desenvolvido pela demandante, não é susceptível de constituir uma marca na acepção da referida disposição.

54. Com efeito, como o referiu a Comissão nas suas observações, um conceito faz unicamente apelo à imaginação [31]. Ao contrário de um cheiro [32], de uma cor [33] ou de um som [34], um conceito é concebido pelo espírito não sendo susceptível de ser apreendido por um dos cinco sentidos do corpo humano, a saber a visão, a audição, o tacto, o olfacto ou o gosto [35]. A capacidade que o ser humano tem de pensar e de imaginar é infinita e a faculdade que o seu espírito tem de representar um objecto ou uma imagem, em meu entender, não tem limites. Ora, se nos termos de jurisprudência assente, a função essencial de uma marca é permitir que o consumidor distinga, pela sua origem e sem confusão possível, os produtos e os serviços que lhe são oferecidos [36], parece-me que este objectivo não pode ser atingido por um sinal susceptível de ser apreendido pelo ser humano de forma tão diversa. Assim, um conceito não pode, em minha opinião, constituir uma indicação para o consumidor e, por conseguinte, ser um sinal susceptível de exercer a função de diferenciação de uma marca.

30 — N.os 5 e 6.

31 — N.º 6.

32 — No acórdão Sieckmann, já referido, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a possibilidade do registo de sinais olfactivos, tendo decidido, nomeadamente, que o artigo 2.º da directiva não exclui expressamente os sinais não susceptíveis por si próprios de ser apreendidos visualmente, naquele caso um cheiro, com a condição, porém, de que possam ser objecto de representação gráfica.

33 — No acórdão Libertel, já referido, o Tribunal de Justiça considerou que uma cor, naquele caso, a cor laranja, mesmo constituindo apenas uma mera característica das coisas, quando relacionada com um produto ou um serviço é ainda assim susceptível de constituir um sinal (n.º 27). Esta jurisprudência foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Heidelberger Bauchemie, já referido, relativo a uma combinação de cores (n.º 23).

34 — No acórdão de 27 de Novembro de 2003, Shield Mark (C-283/01, Colect., p. I-14313), o Tribunal de Justiça foi questionado sobre a validade de catorze marcas sonoras, onze das quais consistiam nas nove primeiras notas da composição para piano «Für Elise» de L. van Beethoven e as outras três no «canto de um galo». O Tribunal considerou que o teor do artigo 2.º da directiva também não excluía que um som possa constituir um sinal susceptível de registo.

35 — No respeitante aos sinais que podem ser apreendidos pelos sentidos do corpo humano, remeto, a título ilustrativo, para as conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer no processo Sieckmann, já referido (n.os 22 e segs.).

36 — A marca deve assim constituir a garantia de que todos os produtos que a ostentam foram fornecidos sob o controlo de uma única empresa à qual possa ser atribuída a responsabilidade pela sua qualidade. V., nomeadamente, acórdãos de 23 de Maio de 1978, Hoffmann-La Roche (102/77, Colect., p. 1139, n.º 7, segundo parágrafo), e de 29 de Setembro de 1998, Canon (C-39/97, Colect., p. I-5507, n.º 28), bem como o acórdão Philips, já referido, n.º 30.

55. Perante estes elementos, considero, assim, que uma característica que desempenha uma função como a que está em causa no presente litígio, não é susceptível de constituir um sinal na acepção do artigo 2.º da directiva.

56. Em meu entender, tal característica também não preenche a segunda condição do artigo 2.º da directiva, nos termos da qual apenas podem constituir uma marca os sinais susceptíveis de representação gráfica.

2. A possibilidade de representação gráfica

57. Decorre de jurisprudência assente que a representação gráfica requerida pelo artigo 2.º da directiva deve permitir uma representação visual do sinal, em particular através de figuras, linhas ou caracteres, de forma a que possa ser identificado com exactidão [37]. Para o cumprimento desta função, a representação deve ser clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objectiva [38].

58. Segundo o Tribunal de Justiça, a exigência dessa representação tem por função, nomeadamente, definir a marca propriamente dita por forma a determinar o objecto exacto da protecção que a marca registada confere ao seu titular [39]. Ela contribui, a esse título, para a segurança jurídica [40].

59. Como já aleguei nas minhas conclusões no processo Heidelberger Bauchemie, já referido, esta exigência responde a dois objectivos precisos. O primeiro é permitir às autoridades competentes conhecer de forma clara e precisa a natureza dos sinais constitutivos de uma marca a fim de proceder ao exame prévio dos pedidos de registo, bem como à publicação e manutenção de um registo adequado e preciso das marcas. O segundo é permitir aos operadores económicos poderem tomar conhecimento com clareza e precisão, dos registos efectuados ou dos pedidos de registo formulados pelos seus concorrentes actuais ou potenciais e beneficiar assim de informações pertinentes sobre os direitos de terceiros [41].

60. Nestes termos, o Tribunal de Justiça considera que um sinal deve, primeiro de tudo, ser objecto de representação precisa e constante por forma a, por um lado, garantir a função de origem da marca, e, por outro, permitir determinar, sem quaisquer dúvidas, o objecto da exclusividade. Além disso,

37 — V. acórdãos, já referidos, Sieckmann (n.º 46); Libertel (n.º 28); Shield Mark (n.º 55), e Heidelberger Bauchemie (n.º 25).

38 — Acórdão Sieckmann, já referido, n.os 46 a 55.

39 — *Idem*, n.º 48.

40 — *Idem*, n.º 37.

41 — N.º 52 das conclusões que o Tribunal retomou nos n.os 28 a 30 do seu acórdão.

atendendo à duração do registo de uma marca e ao facto de este poder ser renovado por períodos mais ou menos longos, a representação deve igualmente ser durável [42].

61. Ora, entendo que uma característica funcional, como a que está em causa no presente litígio, não reúne estas condições.

62. Como referi no n.º 52 das presentes conclusões, tudo leva a crer que a função de que a Dyson pede o registo pode revestir uma multiplicidade de formas e diferentes aspectos, que irão depender não apenas dos modelos de aspiradores desenvolvidos pela demandante mas igualmente da evolução das tecnologias. Tendo em conta que a protecção conferida pelo direito das marcas pode ter uma duração ilimitada (sob condição do uso sério e do pagamento das taxas de renovação de registo), é muito provável, em minha opinião, que o aspecto do recipiente de recolha transparente e a forma como este se integra no aspirador evoluam com o passar dos anos.

63. Nestes termos, não me parece possível determinar com certeza a forma como é que a característica funcional reivindicada se irá integrar nos produtos para os quais o registo foi pedido. A representação gráfica em causa não permite às autoridades competentes, nem aos operadores económicos, determinar o objecto exacto da protecção conferida ao titular da marca registada. Ora, parece-me que esta incerteza é contrária ao princípio da segurança jurídica subjacente à exigência da possibilidade de representação gráfica.

64. Assim, deve-se observar que a característica funcional, como a que é objecto do processo principal, não apresenta as características de precisão e de durabilidade exigidas pelo artigo 2.º da directiva.

65. Face a todos estes elementos, considero que uma característica funcional, que faz parte da imagem de um produto e que pode ter uma multiplicidade de aspectos, não pode constituir um sinal susceptível de representação gráfica, na acepção do artigo 2.º da directiva.

66. Entendo que essa característica também não preenche a terceira condição do artigo 2.º da directiva, nos termos da qual apenas podem constituir uma marca os sinais adequados a distinguir os produtos e serviços de uma empresa dos de outras empresas.

42 — Acórdão Heidelberger Bauchemie, já referido, n.º 31.

3. Existência de carácter distintivo

67. O carácter distintivo de uma marca significa que o sinal é adequado a identificar o produto como proveniente de uma empresa determinada e, portanto, a distinguir esse produto dos de outras empresas [43].

68. A apreciação do carácter distintivo intrínseco de uma marca é, em princípio, independente do uso do sinal, sendo feita apenas em função da questão de saber se o sinal pode, por si só, ter carácter distintivo.

69. No presente processo, importa assim determinar se uma característica funcional que faz parte da imagem de um produto é, ela própria, adequada a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas. Assim, é necessário apreciar se a característica funcional em causa no presente litígio é ou não adequada a transmitir informações precisas relativas à origem do produto. Penso que isso não é possível por duas razões.

70. Por um lado, como acabámos de ver, o pedido de registo em causa não permite determinar com certeza a forma como é que essa função se irá integrar nos produtos relativamente aos quais o registo foi pedido. Ora, como referi nas minhas conclusões no processo Libertel, já referido, a apreciação do que seja adequado a ter um carácter distintivo pressupõe saber-se com precisão qual é o sinal [44].

71. Por outro lado, penso que uma funcionalidade, como a que está em causa no presente litígio, não pode garantir a função essencial da marca. Com efeito, importa lembrar que o Tribunal de Justiça definiu essa função como visando «garantir ao consumidor ou ao utilizador final a identidade de origem do produto ou do serviço designado pela marca, permitindo-lhe distinguir, sem confusão possível, este produto ou serviço de outros que tenham proveniência diversa» [45]. A marca deve assim conferir ao consumidor uma garantia da origem do produto que a ostenta.

72. Ora, como já foi examinado nos n.os 51 a 55 das presentes conclusões, embora uma característica funcional, quando integrada no produto em questão, possa assumir uma forma precisa, o pedido de registo em causa tem na realidade como objectivo a obtenção de direitos exclusivos sobre um conceito, ou, pelo menos, sobre todos os aspectos possíveis que essa função possa assumir. Ora, um

43 — V., nomeadamente, acórdãos Windsurfing Chiemsee, já referido (n.° 46), e de 8 de Abril de 2003, Linde e o. (C-53/01 a C-55/01, Colect., p. I-3161, n.os 40 e 47).

44 — N.° 88 das conclusões.

45 — V. jurisprudência citada em nota de pé de página 36.

conceito não pode, em minha opinião, constituir uma indicação suficientemente precisa para o consumidor.

73. Nestes termos, penso não ser possível considerar que uma característica funcional, como a que está em causa no processo principal, possa ter um sentido tão preciso que seja susceptível de indicar sem confusão possível a origem do produto.

74. À luz de todos estes elementos, sou de opinião que uma característica funcional que faz parte da imagem de um produto e que seja susceptível de ter múltiplas formas não preenche as condições requeridas para ser considerada uma marca na acepção do artigo 2.º da directiva, dado que não constitui um sinal susceptível de representação gráfica adequado a distinguir os produtos de uma empresa dos de outras.

75. No entanto, se o Tribunal de Justiça considerar que uma característica funcional, como a que está em causa no presente litígio, preenche o conjunto das características exigidas para ser considerada uma marca na acepção da referida disposição, entendo que o artigo 3.º, n.º 1, alínea e), segundo travessão, da directiva impede o registo da mesma.

D — *Quanto à existência de um motivo absoluto de recusa de registo*

76. Considero que existe motivo absoluto de recusa de registo da marca em causa, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea e), segundo travessão, da directiva. Com efeito, em minha opinião, uma função, como a que está em causa no processo principal, não pode ser atribuída ao uso exclusivo de um único operador económico, devendo ficar à disposição de todos, em conformidade com a finalidade do direito da marca.

77. Como já referi, o artigo 3.º, n.º 1 da directiva enumera diferentes motivos de recusa de registo de uma marca. Cada um desses motivos é independente e exige, segundo o Tribunal de Justiça, uma análise separada. Além disso, nos termos da jurisprudência assente, há que interpretar os referidos motivos de recusa à luz do interesse geral que está na base de cada um deles. O interesse geral tomado em consideração na análise de cada um desses motivos de recusa pode, ou mesmo deve, reflectir considerações diferentes, consoante o motivo de recusa em causa [46].

46 — V., nomeadamente, acórdãos de 16 de Setembro de 2004, SAT.1/OHMI (C-329/02 P, Colect., p. I-8317, n.º 25), e de 29 de Abril de 2004, Henkel/IHMI (C-456/01 P e C-457/01 P, Colect., p. I-5089, n.ºs 45 e 46).

78. Em particular, o artigo 3.º, n.º 1, alínea e), da directiva visa três casos em que os sinais são constituídos exclusivamente pela forma do produto [47]. Entre estes casos encontramos, no segundo travessão dessa disposição, a hipótese de um sinal ser constituído exclusivamente pela forma do produto (ou por uma sua representação gráfica [48]) necessária à obtenção de um resultado técnico.

79. O interesse geral que está na base desta disposição foi declarado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Philips, já referido.

80. Nesse processo, o Tribunal foi questionado sobre se um sinal constituído pela forma de um produto poderia adquirir carácter distintivo. Tratava-se da representação gráfica da forma e da configuração da parte superior de uma máquina de barbear eléctrica, composta por três cabeças circulares com lâminas rotativas, que formam um triângulo equilátero. A sociedade Philips, que, durante muito tempo, foi a única a colocar no mercado máquinas de barbear eléctricas com essa forma, entendia que a representação apresentada como marca tinha adquirido um carácter distintivo na sequência dessa comercialização exclusiva durante um longo período.

81. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça refere, nomeadamente, que um sinal constituído exclusivamente pela forma de um produto não é susceptível de registo por força do artigo 3.º, n.º 1, alínea e), segundo travessão, da directiva, se se demonstrar que as características funcionais essenciais desta forma são unicamente atribuíveis ao resultado técnico [49].

82. Para chegar a tal constatação, o Tribunal interpretou, segundo jurisprudência assente, o motivo de recusa enumerado na referida disposição à luz do interesse geral subjacente [50].

83. Em primeiro lugar, o Tribunal reconheceu que os motivos de recusa previstos do artigo 3.º, n.º 1, alínea e), da directiva têm por objectivo evitar que a protecção do direito da marca leve a conferir ao seu titular um monopólio sobre soluções técnicas ou características utilitárias de um produto, que podem ser procuradas pelo utilizador nos produtos dos concorrentes. Segundo o Tribunal, com esta disposição pretende-se evitar que a protecção conferida pelo direito da marca se estenda para além dos sinais que permitem distinguir um produto ou um serviço dos oferecidos pelos concorrentes, a ponto de impedir que estes últimos possam

47 — Trata-se dos sinais constituídos quer pela forma imposta pela própria natureza do produto (primeiro travessão), quer pela forma dos produtos necessária à obtenção de um resultado técnico (segundo travessão), quer pela forma que confira um valor substancial ao produto (terceiro travessão).

48 — V. acórdão Philips, já referido, n.º 76.

49 — *Idem*, n.º 84.

50 — V., neste sentido, acórdãos, já referidos, Windsurfing Chiemsee (n.os 25 a 27); Philips (n.º 77); Linde e o. (n.º 71), e Libertel (n.º 51).

oferecer livremente produtos que incorporem as referidas soluções técnicas ou as referidas características utilitárias em concorrência com o titular da marca [51].

84. No que se refere especificamente ao artigo 3.°, n.° 1, alínea e), segundo travessão, da directiva, o Tribunal de Justiça considerou que o objectivo de interesse geral prosseguido por essa disposição exige que uma forma cujas características essenciais respondem a uma função técnica não seja reservada a uma única empresa e possa ser livremente utilizada por todos. Efectivamente, segundo o Tribunal, a exclusividade inerente ao direito da marca impediria a possibilidade de as empresas concorrentes oferecerem um produto que incorpore essa função [52]. Assim, o Tribunal entende que, ao prever a recusa do registo dos referidos sinais, o artigo 3.°, n.° 1, alínea e), segundo travessão, da directiva reflecte o objectivo legítimo «de não permitir aos particulares utilizarem o registo de uma marca para obter ou perpetuar direitos exclusivos relativos a soluções técnicas» [53].

85. O Tribunal precisou igualmente que um sinal cujo registo é recusado com fundamento no artigo 3.°, n.° 1, alínea e), da directiva, nunca poderá adquirir um carácter distintivo, ao abrigo do artigo 3.°, n.° 3, da referida directiva, pelo uso que dele tenha sido feito [54].

86. Com efeito, há que recordar que, nos termos desta disposição, apenas as marcas cujo registo tenha sido recusado por força do n.° 1, alínea b), c) ou d), da directiva, podem vir a adquirir, pelo uso que delas é feito, o carácter distintivo que não tinham inicialmente e podem, desde logo, ser registadas como marcas [55]. Um sinal cujo registo foi recusado com base no artigo 3.°, n.° 1, alínea e), da directiva está, por conseguinte, excluído do benefício desta disposição.

87. Finalmente, o Tribunal de Justiça decidiu, ainda nesse mesmo processo, que a demonstração da existência de outras formas que permitam obter o mesmo resultado técnico não é susceptível de afastar o motivo de recusa ou de nulidade do registo previsto no artigo 3.°, n.° 1, alínea e), segundo travessão, da directiva [56].

88. Parece-me claro que este raciocínio se aplica validamente a uma característica funcional que faz parte da imagem de um produto. Com efeito, ainda que este artigo vise apenas os sinais constituídos *exclusiva-*

51 — V. acórdão Philips, já referido, n.° 78.
52 — *Idem*, n.os 79 e 80.
53 — *Idem*, n.° 82.
54 — *Idem*, n.° 75.
55 — *Idem*, n.os 57 e 58.
56 — *Idem*, n.° 81.

mente pela forma de um produto, penso que o interesse geral subjacente a esta disposição impõe que se recuse o registo de uma função como a que está em causa no processo principal.

89. *Em primeiro lugar*, o registo da função em causa levaria, por força do artigo 5.º, n.º 1, da Directiva, a atribuir o uso exclusivo de uma solução técnica a um único operador económico, e, sem limitação temporal.

90. Essa exclusividade conferiria à parte demandante um monopólio sobre uma característica técnica e utilitária que pode ser procurada pelos consumidores nos aspiradores sem saco produzidos pelas empresas concorrentes.

91. Por outro lado, na medida em que esse uso exclusivo recairia não só sobre a característica funcional, como foi reproduzida no pedido de registo, mas poderia ainda estender-se a uma multiplicidade de formas que a mesma é susceptível de assumir, as empresas concorrentes correriam o risco de ficar impossibilitadas de poder determinar, com precisão, se e como poderiam ainda fazer uso da característica em causa.

92. Se assim fosse, a concessão e a detenção de direitos exclusivos sobre esse tipo de funções poderiam impedir os operadores económicos concorrentes da possibilidade de integrar essa função, independentemente da forma ou aspecto que pudesse assumir. A concessão desse monopólio seria, assim, susceptível de limitar a sua liberdade de forma excessiva, num sector em que o progresso técnico assenta justamente num processo de aperfeiçoamento contínuo de inovações anteriores. É mesmo legítimo pensar que esse monopólio poderia entravar a entrada de novos operadores no mercado dos aspiradores e paralisar a concorrência no mercado da inovação. Isto levaria a consequências prejudiciais para a livre concorrência, que constitui justamente uma das finalidades da directiva.

93. Nestes termos, parece-me que o registo como marca de uma característica funcional como a que está em causa no presente litígio defraudaria o regime de concorrência não falseada que o Tratado CE entendeu estabelecer e manter, como decorre em particular do artigo 3.º, alíneas g) e m), CE [57].

57 — Por força do artigo 3.º, n.º 1, alíneas g) e m), CE, «a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado: [...] um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno, [...], o reforço da capacidade concorrencial da indústria da Comunidade».

94. Esse registo seria igualmente contrário ao objectivo fixado no artigo 7.º do Acordo TRIPs, nos termos do qual a protecção e o respeito dos direitos de propriedade intelectual devem não apenas contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e divulgação de tecnologia, como também assegurar um equilíbrio de direitos e obrigações entre os vários operadores económicos presentes no mercado. Na medida em que tanto os Estados-Membros como a Comunidade, no âmbito das suas competências [58], aderiram a este acordo, o artigo 3.º, n.º 1, alínea e), segundo travessão, da directiva, deve ser interpretado, na medida do possível, à luz da letra e da finalidade do referido acordo.

95. *Em segundo lugar*, com o registo dessa característica correr-se-ia o risco de serem obtidos ou perpetuados, através do direito das marcas, direitos exclusivos sobre invenções que são, na realidade, patenteáveis, contrariando-se assim o objectivo legítimo prosseguido pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea e), segundo travessão, da directiva.

96. Ora, é essencial evitar que o direito de marca seja desviado da sua função passando-se a obter uma vantagem concorrencial indevida. Como refere a justo título o órgão jurisdicional de reenvio, «uma marca registada não tem por função criar um monopólio relativamente a novos desenvolvimento tecnológicos» [59].

97. A este propósito, importa lembrar que, de acordo com jurisprudência assente, o direito de marca constitui um «elemento essencial do sistema de concorrência não falseado que o Tratado pretende estabelecer e manter» [60]. Através das suas intervenções nessa matéria, o legislador comunitário conseguiu salvaguardar este sistema, fazendo com que as marcas possam exercer a sua função essencial. Função que, relembre-se, é a de garantir aos consumidores a identidade de origem do produto que ostenta a marca permitindo-lhes distinguir esse produto dos que tenham outra proveniência.

98. Para que essa função possa ser assegurada, o artigo 5.º, n.º 1, alínea a), da directiva reserva ao titular da marca o uso exclusivo do sinal distintivo, e protege-o contra os concorrentes que queiram abusar da posição e da reputação da marca vendendo produtos que a ostentam indevidamente [61].

58 — Acórdãos de 16 de Junho de 1998, Hermès (C-53/96, Colect., p. I-3603, n.º 28) e Heidelberger Bauchemie, já referido, n.º 20.

59 — Decisão de reenvio, n.º 26.

60 — V. acórdãos de 17 de Outubro de 1990, HAG GF (C-10/89, Colect., p. I-3711, n.º 13), e de 23 Fevereiro de 1999, BMW (C-63/97, Colect., p. I-905, n.º 62).

61 — É o que a jurisprudência do Tribunal chama «objecto específico» do direito da marca. O objecto específico designa a substância do direito de propriedade industrial e comercial. V., neste sentido, acórdão de 31 de Outubro de 1974, Winthrop (16/74, Colect., p. 1183).

99. Todavia, contrariamente à protecção conferida pelos outros títulos de propriedade intelectual e industrial, a protecção conferida pelo direito de marca pode ter uma duração ilimitada, sem prejuízo do seu uso sério e do pagamento das taxas de renovação do registo.

100. Receia-se, assim, que haja quem procure, através do direito da marca, não a protecção de um sinal distintivo mas a protecção de uma criação ou inovação industrial, decorrente de outros direitos de propriedade industrial e cuja duração é, em princípio, limitada no tempo.

101. Assim, no presente litígio, embora a Dyson possa legitimamente ver recompensados os seus esforços de investigação e de inovação e pretender, a esse título, beneficiar de direito exclusivos para a exploração da sua invenção, penso que essa protecção apenas poderá ser conferida, tratando-se de uma inovação tecnológica, através da concessão de uma patente e não de uma marca.

102. Por conseguinte e face ao atrás exposto, considero que o artigo 3.º, n.º 1, alínea e), segundo travessão, da directiva se opõe a que uma característica funcional que faz parte da imagem de um produto seja registada como marca.

103. Nestes termos, considero que o sinal em causa no presente litígio não é susceptível de adquirir carácter distintivo pelo uso que dele é feito, na acepção do artigo 3.º, n.º 3, da directiva.

104. Com efeito, como referi nos n.os 85 e 86 das presentes conclusões, decorre do preâmbulo dessa disposição e da jurisprudência assente, que apenas as marcas cujo registo tenha sido recusado por força do n.º 1, alínea b), c) ou d), da directiva, podem vir a adquirir, pelo uso que delas é feito, o carácter distintivo que não tinham inicialmente e podem, desde logo, ser registadas como marcas [62].

105. Tendo em conta esta resposta, entendo não há que examinar as condições que uma característica funcional, como a que está em causa no presente litígio deve cumprir para ser susceptível de adquirir um carácter distintivo na acepção d artigo 3.º, n.º 3 da Directiva.

62 — V. nota de pé de página 55 das presentes conclusões.

V — Conclusão

106. Em face do exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma às questões colocadas pela High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division:

«1) Uma característica funcional que faz parte da imagem de um produto que pode assumir uma multiplicidade de aspectos, não preenche as condições exigidas para constituir uma marca, na acepção do artigo 2.°, 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, dado que não constitui um sinal susceptível de representação gráfica adequado a distinguir os produtos ou os serviços de uma empresa dos de outras empresas.

2) De qualquer modo, o artigo 3.°, n.° 1, alínea e), segundo travessão, da Primeira Directiva 89/104/CEE opõe-se ao registo como marca de uma característica funcional que faz parte da imagem de um produto.»