ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6 de Maio de 2003 *

No processo C-104/01,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.° CE pelo Hoge Raad der Nederlanden (Países Baixos), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Libertel Groep BV

e

Benelux-Merkenbureau,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 3.° da Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO 1989, L 40, p. 1),

* Língua do processo: neerlandês.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: J.-P. Puissochet, presidente da Sexta Secção, exercendo funções de presidente, M. Wathelet e C. W. A. Timmermans, presidentes de secção, C. Gulmann, D. A. O. Edward, P. Jann, F. Macken, S. von Bahr e J. N. Cunha Rodrigues (relator), juízes,

advogado-geral: P. Léger,
secretário: M.-F. Contet, administradora principal,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação da Libertel Groep BV, por D. W. F. Verkade e D. J. G. Visser, advocaten,

— em representação do Benelux-Merkenbureau, por C. J. J. C. van Nispen, advocaat,

— em representação do Governo neerlandês, por H. G. Sevenster, na qualidade de agente,

— em representação do Governo do Reino Unido, por R. Magrill, na qualidade de agente, assistida por D. Alexander, barrister,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por N. B. Rasmussen e H. M. H. Speyart, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações do Benelux-Merkenbureau, representado por C. J. J. C. van Nispen, do Governo neerlandês, representado por J. van Bakel, na qualidade de agente, do Governo do Reino Unido, representado por M. Tappin, barrister, e da Comissão, representada por H. M. H. Speyart, na audiência de 30 de Abril de 2002,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 12 de Novembro de 2002,

profere o presente

Acórdão

1 Por despacho de 23 de Fevereiro de 2001, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 5 de Março seguinte, o Hoge Raad der Nederlanden submeteu, nos termos do artigo 234.° CE, quatro questões prejudiciais sobre a interpretação do artigo 3.° da Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO 1989, L 40, p. 1, a seguir «directiva»).

2 Estas questões foram suscitadas no âmbito do litígio entre a sociedade Libertel Groep BV (a seguir «Libertel») e o Benelux-Merkenbureau (Instituto de Marcas do Benelux, a seguir «BBM») dada a recusa deste último de proceder ao registo como marca da cor-de-laranja para produtos e serviços de telecomunicações, requerido pela Libertel.

Enquadramento jurídico

Convenção de Paris

3 No plano internacional, o direito das marcas rege-se pela Convenção para a Protecção da Propriedade Industrial, assinada em Paris em 20 de Março de 1883, revista em último lugar em Estocolmo em 14 de Julho de 1967 (*Série des traités des Nations unies*, n.° 11851, parte 828, pp. 305 a 388, a seguir «convenção de Paris»). Todos os Estados-Membros são partes desta convenção.

4 A convenção de Paris dispõe, no artigo 6.° *quinquies*, B, ponto 2, que poderá ser recusado ou anulado o registo das marcas quando forem desprovidas de qualquer carácter distintivo.

5 O artigo 6.° *quinquies*, C, n.° 1, da convenção de Paris esclarece:

«Para apreciar se a marca é susceptível de protecção, deverão ter-se em conta todas as circunstâncias de facto, nomeadamente a duração do uso da marca.»

Legislação comunitária

6 O artigo 2.° da directiva, intitulado «Sinais susceptíveis de constituir uma marca», dispõe:

«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 uma empresa dos de outras empresas.»

7 O artigo 3.° da directiva, intitulado «Motivos de recusa ou de nulidade», prevê, nos seus n.os 1 e 3:

«1. 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) As marcas desprovidas de carácter distintivo;

c) As 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) As 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;

[...]

3. Não será recusado o registo de uma marca ou este não será declarado nulo nos termos do n.° 1, alínea b), c) ou d), se, antes da data do pedido de registo e após o uso que dele foi feito, a marca adquiriu um carácter distintivo. Os Estados-

-Membros podem prever, por outro lado, que o disposto no primeiro período se aplicará também no caso em que o carácter distintivo tiver sido adquirido após o pedido de registo ou o registo.»

8 O artigo 6.° da directiva esclarece:

«1. O direito conferido pela marca não permite ao seu titular proibir a terceiros o uso, na vida comercial:

a) Do seu próprio nome e endereço;

b) De indicações relativas à espécie, à qualidade, à quantidade, ao destino, ao valor, à proveniência geográfica, à época de produção do produto ou da prestação do serviço ou a outras características dos produtos ou serviços;

c) Da marca, sempre que tal seja necessário para indicar o destino de um produto ou serviço, nomeadamente sob a forma de acessórios ou peças sobressalentes,

desde que esse uso seja feito em conformidade com práticas honestas em matéria industrial ou comercial.

2. O direito conferido pela marca não permite ao seu titular proibir a terceiros o uso, na vida comercial, de um direito anterior de alcance local, se tal direito for reconhecido pelas leis do Estado-Membro em questão, e dentro dos limites do território em que é reconhecido.»

Lei uniforme Benelux sobre as marcas

9 O Reino da Bélgica, o Grão-Ducado do Luxemburgo e o Reino dos Países Baixos consagraram o seu direito das marcas numa lei comum, a lei uniforme Benelux sobre as marcas (Trb. 1962, 58). Esta lei foi alterada, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1996, pelo protocolo de 2 de Dezembro de 1992 que alterou a referida lei (Trb. 1993, 12), a fim de transpor a directiva para os ordenamentos jurídicos dos três Estados-Membros.

10 O artigo 6.° *bis* da lei uniforme Benelux sobre as marcas desta forma alterado (a seguir «LBM») dispõe:

«1. O Benelux-Merkenbureau recusar-se-á a registar um depósito quando considerar que:

a) o sinal depositado não constitui uma marca na acepção do artigo 1.°, nomeadamente por lhe faltar todo e qualquer carácter distintivo como previsto no artigo 6.° *quinquies*, B, n.° 2, da convenção de Paris;

b) o depósito se refere a uma marca visada no artigo 4.°, n.os 1 e 2.

2. A recusa do registo respeitará ao sinal constitutivo da marca na sua totalidade. Pode limitar-se a um ou vários produtos aos quais a marca é destinada.

3. O Benelux-Merkenbureau informará o depositário, imediatamente e por escrito, da sua intenção de recusar o registo no todo ou em parte, indicando-lhe as razões e dando-lhe a faculdade de lhes dar resposta num prazo fixado pelo regulamento de execução.

4. Se as objecções do Benelux-Merkenbureau contra o registo não forem retiradas no prazo fixado, o registo do depósito será recusado no todo ou em parte. O Benelux-Merkenbureau informará o depositante, imediatamente e por escrito, indicando os fundamentos da recusa e mencionando a via de recurso dessa decisão, referida no artigo 6.° *ter*.

5. A recusa de registo do depósito em relação a todos os produtos ou uma parte dos mesmos implica a nulidade total ou parcial do depósito. Esta nulidade não produz efeitos antes de ter terminado, sem ser utilizado, o prazo de recurso previsto no artigo 6.° *ter* ou sem que tenha sido indeferido irrevogavelmente o pedido de registo.»

11 O artigo 6.° *ter* da LBM prevê:

«O depositante pode, nos dois meses subsequentes à comunicação referida no artigo 6.° *bis*, quarto parágrafo, interpor para a Cour d'appel de Bruxelas, para o

Gerechtshof de Haia ou para a Cour d'appel do Luxemburgo um recurso destinado a obter uma ordem de registo do depósito. O tribunal territorialmente competente determina-se pelo domicílio do depositante, do mandatário ou pelo endereço postal mencionado no momento do depósito.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

12 A Libertel é uma sociedade com sede nos Países Baixos, cuja actividade principal consiste na prestação de serviços de telecomunicações móveis.

13 O BBM é a autoridade competente em matéria de marcas para o Reino da Bélgica, o Grão-Ducado do Luxemburgo e o Reino dos Países Baixos. A partir de 1 de Janeiro de 1996, compete ao BBM analisar os depósitos de marcas tendo em conta os motivos absolutos de recusa.

14 Em 27 de Agosto de 1996, a Libertel requereu ao BBM o registo como marca de uma cor-de-laranja para determinados produtos e serviços de telecomunicações, ou seja, no que se refere a produtos da classe 9, material de telecomunicações e, relativamente aos serviços das classes 35 a 38, os serviços de telecomunicações, bem como de gestão material, financeira e técnica dos meios de telecomunicação.

15 O impresso de depósito incluía, num espaço destinado a conter a reprodução da marca, um rectângulo de cor-de-laranja, e, no espaço destinado a conter a descrição da marca, a referência «laranja», sem que fosse indicado qualquer código de cor.

16 Por carta de 21 de Fevereiro de 1997, o BBM informou a Libertel de que recusava provisoriamente o registo do referido sinal. Considerou que, não tendo a Libertel demonstrado que o sinal depositado, composto exclusivamente pela cor-de-laranja, tinha adquirido carácter distintivo pelo uso, o referido sinal carecia de todo e qualquer carácter distintivo na acepção do artigo 6.° *bis*, n.° 1, alínea a), da LBM.

17 A Libertel contestou esta recusa provisória. O BBM, considerando que não havia que reapreciar esta recusa, notificou a recusa definitiva por carta de 10 de Setembro de 1997.

18 Nos termos do artigo 6.° *ter* da LBM, a Libertel interpôs recurso da referida recusa para o Gerechtshof te 's-Gravenhage (Países Baixos), o qual negou provimento ao recurso por decisão de 4 de Junho de 1998.

19 Em 3 de Agosto de 1998, a Libertel interpôs recurso de cassação para o Hoge Raad der Nederlanden.

20 Na análise do litígio pelo Hoge Raad levantaram-se questões relativas à aplicação correcta do artigo 6.° *bis*, n.° 1, alínea a), da LBM, e, consequentemente, também no que respeita à interpretação do artigo 3.°, n.° 1, alínea b), da directiva. Assim, o Hoge Raad, por despacho de 23 de Fevereiro de 2001, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Uma simples cor específica, reproduzida enquanto tal ou designada por um código internacional, é susceptível de apresentar, para certos produtos e serviços, um carácter distintivo, na acepção do artigo 3.°, n.° 1, alínea b), da directiva?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

a) Em que circunstâncias se pode admitir que uma simples cor específica possui carácter distintivo no sentido acima referido?

b) O facto de o registo ser pedido para um número importante de produtos ou serviços ou apenas para um produto ou serviço específico ou para um grupo específico de produtos ou serviços pode alterar a resposta à primeira questão?

3) Para apreciar o carácter distintivo que pode apresentar determinada cor enquanto marca, é necessário examinar se existe um interesse geral que justifique que esta cor se mantenha à disposição de todos, como é o caso dos sinais que designam uma proveniência geográfica?

4) Para responder à questão de saber se um sinal depositado enquanto marca possui carácter distintivo na acepção do artigo 3.°, n.° 1, alínea b), da directiva, o Instituto de Marcas Benelux deve limitar-se a uma apreciação deste carácter distintivo em abstracto ou deve ter em conta todas as circunstâncias concretas do caso em apreço e, designadamente, o uso que será dado a este sinal e o modo como é utilizado?»

Quanto às questões prejudiciais

Considerações preliminares

21 As questões prejudiciais, que se referem ao artigo 3.° da directiva, têm em vista averiguar se e, eventualmente, em que condições uma cor por si só, sem delimitação no espaço, é susceptível de apresentar um carácter distintivo para certos produtos ou serviços.

22 O exame destas questões exige que seja determinado previamente se uma cor por si só é susceptível de constituir uma marca nos termos do artigo 2.° da directiva.

23 Para este efeito, uma cor por si só deve preencher três condições. Em primeiro lugar, deve constituir um sinal. Em segundo lugar, o referido sinal deve ser susceptível de representação gráfica. Em terceiro lugar, o sinal deve ser adequado a distinguir os produtos e serviços de uma empresa dos de outras empresas.

24 O Conselho da União Europeia e a Comissão emitiram uma declaração conjunta, que consta da acta do Conselho quando da adopção da directiva, nos termos da qual «são da opinião que o artigo 2.° não exclui a possibilidade [...] de registar como marca uma combinação de cores ou uma única cor [...] desde que elas sejam adequadas a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas» (JO IHMI n.° 5/96, p. 607).

25 Contudo, uma declaração deste tipo não pode ser tomada em consideração para a interpretação de uma disposição de direito derivado quando, como no presente caso, o seu conteúdo não encontre qualquer expressão no texto da disposição em causa, não tendo, assim, relevância jurídica (acórdãos de 26 de Fevereiro de 1991, Antonissen, C-292/89, Colect., p. I-745, n.° 18, e de 29 de Maio de 1997, VAG Sverige, C-329/95, Colect., p. I-2675, n.° 23). O Conselho e a Comissão reconheceram, aliás, esta limitação no preâmbulo da sua declaração, segundo o qual «[a]s declarações do Conselho e da Comissão a seguir reproduzidas não são parte integrante do acto jurídico e não prejudicam, por esse motivo, a sua interpretação através do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias».

26 Consequentemente, compete ao Tribunal de Justiça averiguar se o artigo 2.° da directiva deve ser interpretado no sentido de que uma cor por si só é susceptível de constituir uma marca.

27 A este respeito, há que realçar que não se pode presumir que uma cor por si só constitua um sinal. Normalmente, a cor constitui uma mera característica das coisas. Contudo, pode constituir um sinal. Isso depende do contexto em que a cor for utilizada. Uma cor por si só, relacionada com um produto ou um serviço, pode sempre constituir um sinal.

28 Por outro lado, como o Tribunal de Justiça já declarou, uma representação gráfica, na acepção do artigo 2.° da directiva, deve permitir ao sinal ser representado visualmente, nomeadamente através de figuras, linhas ou caracteres, de modo que possa ser identificado com exactidão (acórdão de 12 de Dezembro de 2002, Sieckmann, C-273/00, Colect., p. I-11737, n.° 46).

29 Para desempenhar a sua função, a representação gráfica, na acepção do artigo 2.° da directiva, deve ser clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objectiva (acórdão Sieckmann, já referido, n.^{os} 47 a 55).

30 No caso concreto, a pergunta dirigida ao Tribunal de Justiça refere-se ao pedido de registo de uma cor por si só, cuja representação consiste numa amostra da cor sobre uma superfície plana, na descrição verbal da cor e/ou num código de identificação da cor internacionalmente reconhecido.

31 Ora, uma simples amostra de uma cor não obedece aos requisitos referidos nos n.os 28 e 29 do presente acórdão.

32 Em especial, uma amostra de uma cor pode alterar-se com o tempo. Não pode ser excluído que determinados suportes permitem registar uma cor de modo inalterável. Contudo, outros suportes, designadamente o papel, não permitem preservar o tom da cor com a passagem do tempo. Neste caso, o depósito de uma amostra de uma cor não apresenta o carácter duradouro exigido no artigo 2.° da directiva (v. acórdão Sieckmann, já referido, n.° 53).

33 Daqui resulta que a apresentação de uma amostra de uma cor não constitui por si só uma representação gráfica na acepção do artigo 2.° da directiva.

34 Em contrapartida, a descrição verbal de uma cor, na medida em que é formada por palavras compostas em si mesmas por caracteres, constitui uma representação gráfica da cor (v., neste sentido, acórdão Sieckmann, já referido, n.° 70).

35 Uma descrição verbal da cor não preenche necessariamente em todos os casos as condições referidas nos n.os 28 e 29 do presente acórdão. Esta questão deve ser apreciada tendo em conta as circunstâncias de cada caso concreto.

36 A associação de uma amostra de uma cor e da descrição verbal da mesma pode, consequentemente, constituir uma representação gráfica na acepção do artigo 2.° da directiva, desde que a descrição seja clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objectiva.

37 Pelas mesmas razões que as referidas no n.° 34 do presente acórdão, a designação de uma cor através de um código de identificação internacionalmente reconhecido pode considerar-se que constitui uma representação gráfica. Estes códigos são considerados precisos e estáveis.

38 Se uma amostra de uma cor, acompanhada de uma descrição verbal, não preencher as condições exigidas no artigo 2.° da directiva para constituir uma representação gráfica, designadamente por ausência de precisão ou de carácter duradouro, esta falha pode, eventualmente, ser suprida pelo acréscimo de uma designação da cor por meio de um código de identificação internacionalmente reconhecido.

39 Quanto à questão de saber se uma cor por si só é adequada a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas, na acepção do artigo 2.° da directiva, há que apreciar se as cores por si sós são aptas ou não a transmitir informações precisas, designadamente quanto à origem de uma mercadoria ou de um serviço.

40 A este respeito, deve recordar-se que, embora as cores sejam adequadas a veicular determinadas associações de ideias e a suscitar sentimentos, em contrapartida, pela sua natureza, são pouco aptas para comunicar informações precisas. São-no tanto menos quanto é certo que são habitual e amplamente utilizadas na publicidade e na comercialização de produtos e serviços pelo seu poder de atracção, independentemente de toda e qualquer mensagem precisa.

41 Contudo, não é legítimo deduzir desta conclusão de ordem factual uma proibição de princípio de considerar as cores por si sós como adequadas a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas. Efectivamente, não é de excluir que existam situações em que uma cor por si só possa servir de indicação de origem dos produtos ou serviços de uma empresa. Deve, assim, admitir-se que as cores por si sós podem ser adequadas a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas na acepção do artigo 2.° da directiva.

42 Resulta do que antecede que uma cor por si só é susceptível de constituir, nas condições acima referidas, uma marca na acepção do artigo 2.° da directiva.

43 É à luz das considerações desenvolvidas nos n.^{os} 22 a 42 do presente acórdão que é possível proceder à análise das questões prejudiciais.

Quanto à terceira questão

44 Há que analisar em primeiro lugar a terceira questão, pela qual o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, para apreciar o carácter distintivo que uma determinada cor pode apresentar enquanto marca, é necessário examinar se existe um interesse geral que justifique que esta cor continue à disposição de todos, como é o caso dos sinais que designam uma proveniência geográfica.

45 Segundo algumas das observações apresentadas ao Tribunal de Justiça, com os meios técnicos actuais é possível distinguir um grande número de tons de cores. Esta afirmação pode ser verdadeira, mas é irrelevante para a presente questão. Para efeitos de determinar se uma cor por si só é susceptível de ser registada como marca, deve o Tribunal colocar-se na óptica do público relevante.

46 Na ausência de qualquer indicação em contrário no despacho de reenvio, há que considerar que o processo principal respeita a produtos e serviços destinados à totalidade dos consumidores. Consequentemente, deve considerar-se que, no caso presente, o público relevante é constituído pelo consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado (v. acórdão de 22 de Junho de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Colect., p. I-3819, n.° 26).

47 O número de cores que o referido público está apto a distinguir é pouco elevado pelo facto de o mesmo raramente ter a possibilidade de comparar directamente produtos revestidos de diferentes tonalidades de cores. Daqui resulta que o número de cores diferentes efectivamente disponíveis, enquanto marcas potenciais, para distinguir os produtos ou serviços, deve ser considerado reduzido.

48 Segundo jurisprudência assente, o direito de marca constitui um elemento essencial do sistema de concorrência leal que o Tratado pretende criar e manter (v. acórdãos de 17 de Outubro de 1990, HAG II, C-10/89, Colect., p. I-3711, n.° 13, e de 23 de Fevereiro de 1999, BMW, C-63/97, Colect., p. I-905, n.° 62). Os direitos e as faculdades que a marca confere ao seu titular devem ser analisados em função deste objectivo.

49 Além disso, nos termos do artigo 5.°, n.° 1, da directiva, a marca registada confere ao seu titular, em relação a produtos ou serviços determinados, um direito exclusivo que lhe permite monopolizar o sinal registado como marca sem limitações no tempo.

50 A possibilidade de registar uma marca pode ser objecto de restrições com base no interesse público.

51 Assim, devem interpretar-se os diferentes motivos de recusa de registo enumerados no artigo 3.° da directiva à luz do interesse geral subjacente a cada um deles (v. acórdão de 18 de Junho de 2002, Philips, C-299/99, Colect., p. I-5475, n.° 77).

52 No que respeita ao artigo 3.°, n.° 1, alínea c), da directiva, o Tribunal de Justiça reconheceu que esta disposição prossegue um fim de interesse geral que exige que os sinais ou indicações descritivas das categorias de produtos ou serviços para os quais é pedido o registo possam ser livremente utilizados por todos (acórdãos de 4 de Maio de 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 e C-109/97, Colect., p. I-2779, n.° 25, e de 8 de Abril de 2003, Linde e o., C-53/01 a C-55/01, Colect., p. I-3161, n.° 73).

53 Do mesmo modo, no que respeita ao artigo 3.°, n.° 1, alínea e), da directiva, o Tribunal de Justiça já declarou que esta disposição prossegue um objectivo de interesse geral que exige que uma forma cujas características essenciais respondem a uma função técnica e foram escolhidas para preencher essa função possa ser livremente utilizada por todos (acórdãos já referidos Philips, n.° 80, e Linde e o., n.° 72).

54 No que respeita ao registo como marca de cores por si sós, sem delimitação no espaço, o número reduzido de cores efectivamente disponíveis tem como resultado que um pequeno número de registos como marcas para serviços ou produtos determinados pode esgotar toda a paleta de cores disponíveis. Um monopólio assim entendido não seria compatível com o sistema de concorrência leal, designadamente na medida em que poderia criar uma vantagem concorren-

cial ilegítima a favor de um só operador económico. Também não seria adequado ao desenvolvimento económico e à promoção do espírito empresarial que os operadores já estabelecidos pudessem registar a seu favor a totalidade das cores efectivamente disponíveis, em prejuízo de novos operadores.

55 Deve, por isso, reconhecer-se, no campo do direito comunitário das marcas, um interesse geral em não limitar indevidamente a disponibilidade das cores para os restantes operadores que oferecem produtos ou serviços do tipo daqueles para os quais o registo é pedido.

56 Quanto maior for o número de produtos ou serviços para os quais é pedido o registo da marca, mais o direito exclusivo eventualmente conferido pela marca pode ser susceptível de apresentar um carácter exorbitante e com isso prejudicar a manutenção de um sistema de concorrência leal e o interesse geral em não limitar indevidamente a disponibilidade das cores para os restantes operadores que oferecem produtos ou serviços do tipo daqueles para os quais é pedido o registo.

57 A Comissão, nas suas observações, afirma que a ideia de que determinados sinais se devem manter disponíveis e, consequentemente, não podem beneficiar de uma protecção está expressa no artigo 6.° da directiva e não nos artigos 2.° e 3.° da mesma. Este argumento não pode ser aceite.

58 Efectivamente, o artigo 6.° da directiva refere-se à limitação dos efeitos da marca, uma vez esta registada. O argumento da Comissão equivale a defender um controlo mínimo dos motivos de recusa previstos no artigo 3.° da directiva quando do exame do pedido de registo, sendo o risco de que os operadores se possam apropriar de determinados sinais que deviam continuar disponíveis neutralizado pelos limites impostos, por força do referido artigo 6.°, na fase da

aplicação dos efeitos da marca registada. Esta argumentação leva, no essencial, a retirar a apreciação dos motivos de recusa constantes do artigo 3.° da directiva à autoridade competente no momento do registo da marca, para a transferir para os órgãos jurisdicionais encarregados de garantir o exercício concreto dos direitos conferidos pela marca.

59 Esta abordagem é incompatível com o sistema da directiva, que assenta num controlo prévio ao registo e não num controlo *a posteriori*. Nada, na directiva, permite extrair uma conclusão semelhante do seu artigo 6.° Pelo contrário, o número e o carácter detalhado dos obstáculos ao registo especificados nos artigos 2.° e 3.° da directiva, bem como o amplo leque de recursos possibilitados em caso de recusa, indicam que a análise efectuada quando do pedido de registo não deve ser minimalista. Esta análise deve ser rigorosa e completa a fim de evitar que sejam registadas marcas indevidamente. Como o Tribunal de Justiça decidiu, por razões de segurança jurídica e de boa administração, há que garantir que as marcas cuja utilização poderia ser contestada com êxito nos órgãos jurisdicionais não sejam registadas (acórdão de 29 de Setembro de 1998, Canon, C-39/97, Colect., p. I-5507, n.° 21).

60 Consequentemente, deve responder-se à terceira questão prejudicial que, para apreciar o carácter distintivo que uma determinada cor pode apresentar como marca, é necessário ter em conta o interesse geral em não restringir indevidamente a disponibilidade das cores para os restantes operadores que oferecem produtos ou serviços do tipo daqueles para os quais é pedido o registo.

Quanto à primeira questão e à segunda questão, alínea a)

61 Com a sua primeira questão e a segunda questão, alínea a), o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se e, eventualmente, em que condições uma cor pode por si só ser reconhecida como tendo carácter distintivo na acepção do artigo 3.°, n.^{os} 1, alínea b), e 3, da directiva).

62 Segundo jurisprudência assente, a função essencial da marca é garantir ao consumidor ou ao utilizador final a identidade de origem do produto que exibe a marca, permitindo-lhe distinguir, sem confusão possível, aquele produto ou serviço de outros que tenham proveniência diversa (v., designadamente, acórdãos Canon, já referido, n.° 28, e de 4 de Outubro de 2001, Merz & Krell, C-517/99, Colect., p. I-6959, n.° 22). Uma marca deve distinguir os produtos ou serviços em causa como provenientes de uma empresa determinada. A esse respeito, há que ter em conta simultaneamente a utilização habitual das marcas como indicação de origem nos sectores em questão e a percepção do público relevante.

63 O público relevante, conforme definido no n.° 46 do presente acórdão, é constituído pelo consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado.

64 Há que tomar em conta a circunstância de que o consumidor médio raramente tem a possibilidade de proceder a uma comparação directa entre as diferentes marcas, devendo confiar na imagem imperfeita que conservou na memória (v., em contextos diferentes, acórdãos Lloyd Schuhfabrik Meyer, já referido, n.° 26, e de 20 de Março de 2003, LTJ Diffusion, C-291/00, Colect., p. I-2799, n.° 52).

65 A percepção do público relevante não é necessariamente a mesma no caso de um sinal que é constituído por uma cor só por si do que no caso de uma marca nominativa ou figurativa, que consiste num sinal independente do aspecto dos produtos que designa. Com efeito, embora o público tenha o hábito de perceber, imediatamente, as marcas nominativas ou figurativas como sinais identificadores da origem do produto, assim não sucede necessariamente quando um sinal se confunde com o aspecto do produto para o qual é pedido o registo do sinal como marca. Os consumidores não têm por hábito presumir a origem dos produtos com base na respectiva cor ou na da sua embalagem, na ausência de todo e

qualquer elemento gráfico ou textual, uma vez que uma cor por si só, nos usos comerciais actuais, não é, em princípio, utilizada como meio de identificação. A propriedade inerente de distinguir os produtos de uma determinada empresa não existe normalmente numa cor em si mesma.

66 No caso de uma cor só por si, a existência de um carácter distintivo antes de qualquer utilização só é de conceber em circunstâncias excepcionais e, designadamente, quando o número de produtos ou serviços para os quais é pedida a marca é muito limitado e o mercado relevante muito específico.

67 Contudo, mesmo não tendo uma cor por si só *ab initio* carácter distintivo na acepção do artigo 3.°, n.° 1, alínea b), da directiva, pode adquiri-lo, relativamente aos produtos ou serviços reivindicados, na sequência do seu uso em conformidade com o n.° 3 do mesmo artigo. Este carácter distintivo pode ser adquirido, designadamente, após um processo normal de familiarização do público em causa. Nesse caso, a autoridade competente tem de apreciar globalmente os elementos que podem demonstrar que a marca se tornou adequada para identificar o produto em causa como proveniente de uma empresa determinada e, portanto, a distinguir esse produto dos das outras empresas (acórdão Windsurfing Chiemsee, já referido, n.° 49).

68 Deve, por isso, responder-se à primeira questão prejudicial que uma cor por si só, sem delimitação no espaço, é susceptível de apresentar, para determinados produtos e serviços, carácter distintivo na acepção do artigo 3.°, n.^{os} 1, alínea b), e 3, da directiva, na condição, designadamente, de poder ser objecto de uma representação gráfica que seja clara, precisa, completa em si mesma, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objectiva. Esta condição não pode ser preenchida pela mera reprodução no papel da cor em questão, mas pode sê-lo pela designação da referida cor através de um código de identificação internacionalmente reconhecido.

69 Deve responder-se à segunda questão prejudicial, alínea a), que uma cor por si só pode ser reconhecida como tendo carácter distintivo na acepção do artigo 3.°, n.os 1, alínea b), e 3, da directiva, na condição de que, em relação à percepção do público relevante, a marca seja apta a identificar o produto ou o serviço para o qual é pedido o registo como proveniente de uma empresa determinada e a distinguir esse produto ou esse serviço dos das outras empresas.

Quanto à segunda questão, alínea b)

70 Com a segunda questão, alínea b), o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o facto de o registo como marca de uma cor por si só ser pedido para um número significativo de produtos ou serviços, ou de o ser para um produto ou serviço específico ou para um grupo específico de produtos ou de serviços, é relevante para apreciar se a referida cor tem carácter distintivo na acepção do artigo 3.°, n.° 1, alínea b), da directiva.

71 Tendo em conta as considerações expostas nos n.os 56, 66 e 67 do presente acórdão, deve responder-se à segunda questão prejudicial, alínea b), que o facto de o registo como marca de uma cor por si só ser pedido para um número significativo de produtos ou de serviços, ou de o ser para um produto ou um serviço específico ou para um grupo específico de produtos ou de serviços, é relevante, juntamente com as restantes circunstâncias do caso concreto, tanto para apreciar o carácter distintivo da cor cujo registo é pedido como para apreciar se o respectivo registo é contrário ao interesse geral em não restringir indevidamente a disponibilidade das cores para os restantes operadores que oferecem produtos ou serviços do tipo daqueles para os quais é pedido o registo.

Quanto à quarta questão

72 Com a quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se, para apreciar se uma marca possui carácter distintivo na acepção do artigo 3.°, n.os 1, alínea b), e 3, da directiva, a autoridade competente em matéria de registo de marcas deve proceder a uma análise abstracta ou concreta, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto, e designadamente o uso que foi feito da marca.

73 É de notar, em primeiro lugar, que o décimo segundo considerando da directiva esclarece que «todos os Estados-Membros da Comunidade estão vinculados pela Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial» e que «é necessário que as disposições da presente directiva estejam em harmonia completa com as da convenção de Paris».

74 Ora, o artigo 6.° *quinquies*, C, n.° 1, da convenção de Paris esclarece que, «[p]ara apreciar se a marca é susceptível de protecção, deverão ter-se em conta todas as circunstâncias de facto, nomeadamente a duração do uso de marca».

75 Em segundo lugar, o registo de um sinal como marca é sempre requerido relativamente a produtos ou serviços mencionados no pedido de registo. Assim, o carácter distintivo de uma marca deve ser apreciado, por um lado, em relação aos produtos ou serviços para os quais é pedido o registo e, por outro, em relação à percepção que do mesmo tem o público relevante.

76 Dado que a autoridade competente em matéria de registo de marcas deve assegurar-se que o sinal não é desprovido de carácter distintivo em relação aos produtos ou aos serviços da empresa que solicita o respectivo registo como marca, não pode proceder a uma análise *in abstracto*, devendo essa análise ser necessariamente efectuada *in concreto*. Esta análise deve ter em conta todas as circunstâncias relevantes do caso em exame, incluindo, eventualmente, o uso que foi feito do sinal cujo registo como marca é pedido.

77 Deve, por isso, responder-se à quarta questão prejudicial que, para apreciar se uma marca possui carácter distintivo na acepção do artigo 3.°, n.os 1, alínea b), e 3, da directiva, a autoridade competente em matéria de registo de marcas deve proceder a uma análise concreta, tendo em conta todas as circunstâncias do caso em apreço e, designadamente, o uso que foi feito da marca.

Quanto às despesas

78 As despesas efectuadas pelos Governos neerlandês e do Reino Unido e pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Hoge Raad der Nederlanden, por despacho de 23 de Fevereiro de 2001, declara:

1) Uma cor por si só, sem delimitação no espaço, é susceptível de apresentar, para determinados produtos e serviços, carácter distintivo na acepção do artigo 3.°, n.os 1, alínea b), e 3, 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, na condição, designadamente, de poder ser objecto de uma representação gráfica que seja clara, precisa, completa em si mesma, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objectiva. Esta última condição não pode ser preenchida pela mera reprodução no papel da cor em questão, mas pode sê-lo pela designação da referida cor através de um código de identificação internacionalmente reconhecido.

2) Para apreciar o carácter distintivo que uma determinada cor pode apresentar como marca, é necessário ter em conta o interesse geral em não restringir indevidamente a disponibilidade das cores para os restantes operadores que oferecem produtos ou serviços do tipo daqueles para os quais é pedido o registo.

3) Uma cor por si só pode ser reconhecida como tendo carácter distintivo na acepção do artigo 3.°, n.os 1, alínea b), e 3, da Directiva 89/104, na condição de que, em relação à percepção do público relevante, a marca seja apta a identificar o produto ou o serviço para o qual é pedido o registo como

proveniente de uma empresa determinada e a distinguir esse produto ou esse serviço dos das outras empresas.

4) O facto de o registo como marca de uma cor por si só ser pedido para um número significativo de produtos ou de serviços, ou de o ser para um produto ou um serviço específico ou para um grupo específico de produtos ou de serviços, é relevante, conjuntamente com as restantes circunstâncias do caso concreto, tanto para apreciar o carácter distintivo da cor cujo registo é pedido como para apreciar se o respectivo registo é contrário ao interesse geral em não restringir indevidamente a disponibilidade das cores para os restantes operadores que oferecem produtos ou serviços do tipo daqueles para os quais é pedido o registo.

5) Para apreciar se uma marca possui carácter distintivo na acepção do artigo 3.°, n.os 1, alínea b), e 3, da Directiva 89/104, a autoridade competente em matéria de registo de marcas deve proceder a uma análise concreta, tendo em conta todas as circunstâncias do caso em apreço e, designadamente, o uso que foi feito da marca.

Puissochet	Wathelet	Timmermans
Gulmann	Edward	Jann
Macken	von Bahr	Cunha Rodrigues

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 6 de Maio de 2003.

O secretário

R. Grass

O presidente

G. C. Rodríguez Iglesias