CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 6 de Novembro de 2001 [1]

1. O pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundespatentgericht (Alemanha) tem por objecto a interpretação 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 [2] (a seguir «Primeira Directiva»).

2. O Bundespatentgericht pede ao Tribunal de Justiça que defina o sentido da expressão «sinais susceptíveis de representação gráfica» que consta do artigo 2.° da Primeira Directiva.

Mais especificamente, pretende saber se os sinais como os odores, que não são susceptíveis de representação gráfica directa e, consequentemente, não são perceptíveis à vista mas podem ser representados por outros meios, podem constituir marcas. Em caso de resposta positiva, o órgão jurisdicional alemão questiona o Tribunal sobre quais os critérios para a representação gráfica dos sinais olfactivos.

I — Enquadramento jurídico

1. *O direito comunitário: a Primeira Directiva*

3. A Primeira Directiva tem por objecto a aproximação das legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas, com o objectivo de suprimir as disparidades susceptíveis de entravar a livre circulação dos produtos e a livre prestação de serviços e de distorcer as condições de concorrência no mercado comum. A aproximação que visa é apenas parcial, de modo que a intervenção do legislador comunitário se limita a aspectos determinados relativos às marcas adquiridas pelo registo [3].

4. O artigo 2.° da Primeira Directiva dispõe que:

«Podem constituir marcas todos os sinais susceptíveis de representação gráfica,

1 — Língua original: espanhol.

2 — JO 1989, L 40, p. 1.

3 — V. os primeiro, terceiro, quarto e quinto considerandos da Primeira Directiva.

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.»

5. De acordo com o artigo 3.°:

«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;

[...]».

2. *A legislação alemã*

6. Com o objectivo de transpor a Primeira Directiva, o legislador alemão adoptou a Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Lei Alemã sobre Protecção de Marcas e Outros Sinais), de 25 de Outubro de 1994 [4].

7. O artigo 3.°, n.° 1, da referida lei definiu do seguinte modo os sinais que podem constituir uma marca:

«Podem registar-se como marcas todos os sinais, nomeadamente as palavras, incluídos os nomes de pessoas, os desenhos, as letras, os números, os sinais acústicos e as estruturas tridimensionais, designadamente a forma de um produto ou da sua embalagem, bem como outras formas de apresentação, como as cores e combinações de cores, que sejam adequados para distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas.»

8. O artigo 8.°, n.° 1, da mesma lei, dispõe que:

«Será recusado o registo como marca dos sinais susceptíveis de registo, na acepção do artigo 3.°, que não possam ser objecto de representação gráfica».

4 — BGBl. 1994, I, p. 3082.

II — Os factos do litígio principal e a questão prejudicial

9. R. Sieckmann depositou o pedido de uma «marca olfactiva» no Deutsches Patent- und Markenamt (Instituto das patentes e marcas: a seguir «Instituto alemão») como sinal distintivo dos serviços abrangidos pelas classes 35, 41 e 42 [5]. Esta «marca olfactiva» consistia na:

«substância química pura cinamato de metilo (éster metílico [6] de ácido cinâmico) cuja fórmula química se reproduz seguidamente. Também se podem obter amostras desta marca olfactiva através dos laboratórios locais referenciados nas páginas amarelas da Deutsche Telekom AG ou, por exemplo, através da empresa E. Merck, de Darmstadt.

$$C_6H_5\text{-}CH = CHCOOCH_3»$$

10. A título subsidiário, para o caso de a descrição não ser bastante para satisfazer as condições a preencher pelo pedido exigidas pelo artigo 32.° da lei alemã sobre as marcas, o requerente manifestou o seu consentimento a uma consulta pública da marca depositada, nos termos dos artigos 62.°, n.° 1, da referida lei e 48.°, n.° 2, do seu regulamento de execução [7].

11. O requerente apresentou ainda um recipiente com uma amostra do odor e acrescentou que o aroma era habitualmente descrito como balsâmico-frutado com ligeiras notas de canela.

12. No Instituto, a secção de marcas competente para a classe 35 indeferiu o pedido de registo por duas razões. Em primeiro lugar, porque se tratava de um sinal que não podia constituir uma marca nem ser objecto de representação gráfica (artigos 3.°, n.° 1, e 8.°, n.° 1, da lei alemã sobre as marcas). Em segundo lugar, devido à ausência de carácter distintivo (artigo 8.°, n.° 2, ponto 1, da mesma lei).

13. R. Sieckmann interpôs recurso desta decisão para o Bundespatentgericht. Este órgão jurisdicional considera que os odores, considerados em abstracto, podem constituir um meio apropriado para distinguir os produtos de uma empresa dos de outra, mas manifesta dúvidas quanto à questão de saber se uma marca olfactiva

5 — Classe 35: Publicidade, gestão de negócios comerciais, administração comercial e trabalhos de escritório.
Classe 41: Educação, formação, divertimento, actividades desportivas e culturais.
Classe 42: Restaurantes (alimentação), alojamento temporário, cuidados médicos, de higiene e de beleza, serviços veterinários e de agricultura, serviços jurídicos, investigação científica e industrial, programação por computadores e serviços que não podem ser incluídos noutra classe.

6 — O éster é um composto químico obtido pela substituição de qualquer átomo de hidrogénio de um ácido, orgânico ou não, por radicais alcoólicos.

7 — BIPMZ Sonderheft, 1994, pp. 156 e segs.

preenche a condição da representação gráfica enunciada no artigo 2.° da Primeira Directiva. Dependendo da interpretação desta exigência a decisão a proferir no litígio principal, submete ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias as seguintes questões:

«1) Deve o artigo 2.° da Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas, ser interpretado no sentido de que o conceito de 'sinais susceptíveis de representação gráfica' apenas compreende os sinais que possam ser directamente representados na sua forma visível? Ou devem considerar-se nele incluídos também os sinais que, ainda que não sejam visualmente perceptíveis — por exemplo, odores ou sons — possam ser indirectamente representados por outros meios?

2) Em caso de resposta afirmativa à segunda parte da primeira questão: os requisitos da representação gráfica, na acepção do artigo 2.° da directiva, são cumpridos quando um odor seja representado:

a) mediante uma fórmula química;

b) mediante uma descrição (a publicar);

c) mediante a apresentação de uma amostra; ou

d) mediante uma conjugação das alternativas de substitutos acima mencionadas?»

III — Análise da questão prejudicial

14. A questão submetida ao Tribunal de Justiça é simultaneamente sugestiva e importante. Consiste em saber se um odor pode ser registado como marca e em determinar as condições exigidas para o registo.

15. O estudo que vou efectuar nos números seguintes, com o objectivo de propor uma resposta à questão prejudicial, deve partir da noção de marca através da análise das suas funções. Depois, terei que abandonar o terreno estritamente jurídico, a fim de penetrar num domínio alheio ao direito, para depois a ele regressar com os meios que me permitam responder à questão de saber se um odor é susceptível de ser objecto de registo como marca e, consequentemente, de gozar do estatuto que a

ordem jurídica comunitária concede a esta categoria de propriedade intangível.

1. *As funções da marca — As marcas como instrumento de comunicação*

16. A marca é um sinal [8] cujo objectivo consiste em distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outra. É o que dispõe, de maneira muito clara, o artigo 2.° da Primeira Directiva [9].

17. É preciso distinguir para que o consumidor ou o utilizador final possa escolher com toda a liberdade entre as diversas opções de que dispõe [10] e, deste modo, favorecer a livre concorrência no mercado. A Primeira Directiva exprime uma ideia similar no considerando inicial da exposição de motivos, o qual refere que a harmonização prosseguida pela directiva visa eliminar as disparidades que existem entre as legislações dos diversos Estados-Membros e entravam a livre circulação dos produtos, a livre prestação de serviços e, em definitivo, a livre concorrência. O direito das marcas «constitui um elemento essencial do sistema de concorrência leal que o Tratado pretende criar e manter» [11] e o legislador comunitário pretendeu contribuir para esta tarefa, harmonizando as legislações dos Estados-Membros. Em consequência, o sinal distintivo constitui o meio e a livre concorrência a finalidade [12].

18. Para alcançar este objectivo há que percorrer algum caminho e o processo utilizado consiste apenas em reconhecer «ao titular da marca um feixe de direitos e faculdades [13], cuja função é a de lhe reservar o uso exclusivo do sinal distintivo

8 — Estas conclusões procurarão determinar que tipo de sinal.

9 — Isso resulta igualmente do artigo 4.° do Regulamento (CE) n.° 40/94, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1: a seguir «regulamento»). O mesmo se passa com as legislações dos Estados-Membros. Podem citar-se, a título de exemplo: a) na Alemanha: o artigo 3.°, n.° 1, da lei sobre as marcas, já referida; b) na Bélgica, no Luxemburgo e nos Países Baixos: o artigo 1.° da lei uniforme Benelux sobre as marcas, de 19 de Março de 1962; c) em Espanha: o artigo 1.° da lei 32/1988, de 10 de Novembro, sobre as marcas; d) em França: o artigo 711.°-1 do Código da Propriedade Intelectual; e) em Itália: artigo 16.° do decreto de 4 de Dezembro de 1992, n.° 480; f) em Portugal: o artigo 165.°, n.° 1, do Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.° 16/1995, de 24 de Janeiro; g) no Reino Unido: o artigo 1.°, n.° 1, do Trade Marks Act 1994. Fora das fronteiras da União Europeia, o Lanham Act, que constitui, desde 1946, o texto jurídico de base da regulamentação federal relativa a esta categoria de sinais distintivos, nos Estados Unidos da América, define as marcas atribuindo-lhes a mesma função. Na Austrália, o Trade Marks Act 1995 dispõe igualmente que as marcas têm por objectivo distinguir os produtos e os serviços de uma empresa dos de outra (artigo 17.°, n.° 3).

10 — No acórdão de 17 de Outubro de 1990, HAG GF (C-10/89, Colect., p. I-3711), o Tribunal de Justiça indicou que se tratava de «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 de outros que tenham proveniência diversa» (n.° 14). Pronunciou-se no mesmo sentido no acórdão de 4 de Outubro de 2001, Merz and Krell (C-517/99, Colect., p. I-6959), n.° 22.

11 — Acórdãos citados, HAG GF, n.° 13, e Merz and Krell, n.° 21.

12 — Paradoxalmente, para garantir a livre concorrência no mercado, foi criado um direito que constitui excepção ao princípio geral da concorrência, ao conferir ao seu titular a possibilidade de se apropriar de maneira exclusiva de determinados sinais e indicações. Por esta razão, o artigo 36.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 30.° CE) não constitui obstáculo às proibições ou restrições à importação, à exportação ou ao trânsito no território comunitário justificadas por razões de protecção da propriedade industrial e comercial.

13 — Que a Primeira Directiva reconhece no seu artigo 5.°

e de o proteger contra os concorrentes que pretendam aproveitar-se da sua posição e reputação» [14]. É o que a jurisprudência do Tribunal de Justiça denominou «objecto específico do direito de marca» [15].

19. A marca tem por função permitir ao consumidor identificar os produtos e os serviços quanto à sua origem [16] e quanto à sua qualidade [17]. Uma e outra conferem ao bem que o sinal representa uma imagem e uma reputação: é a fama da marca [18]. Depois, permite que se estabeleça um diálogo entre o produtor e o consumidor. Para que este último conheça os produtos, o fabricante informa-o e, por vezes, convence-o [19]. Na realidade, a marca é uma forma de comunicação [20].

20. Comunicar é transmitir a outrém algo que nos pertence [21]. Assim, todo o acto de comunicação implica um emissor, uma mensagem, um meio ou um canal pelo qual transmitir a referida mensagem e um receptor capaz de a decifrar ou descodificar. O código segundo o qual a mensagem pode ser redigida depende da natureza do descodificador com que o destinatário recebe a mensagem, a compreende e a assimila. O *homo sapiens* é, pois, um receptor dotado de múltiplos descodificadores [22].

14 — V. os n.os 31 e 32 das conclusões que apresentei em 18 de Janeiro de 2001 no âmbito do processo que deu lugar ao acórdão Merz and Krell. Em consequência, o titular de uma marca registada está protegido quando existir uma identidade ou um risco de confusão, entre o seu sinal distintivo e o sinal utilizado por um terceiro, que compreenda o risco de associação entre este sinal e a sua marca [v. os artigos 4.°, n.° 1, e 5.°, n.° 1, da Primeira Directiva; v. igualmente os acórdãos de 29 de Setembro de 1998, Canon (C-39/97, Colect. p. I-5507), n.° 18, e de 22 de Junho de 2000, Marca Mode (C-425/98, Colect. p. I-4861), n.° 34].

15 — V., designadamente, acórdão HAG GF, já referido, n.° 14, e acórdão de 23 de Fevereiro de 1999, BMW (C-63/97, Colect., p. I-905), n.° 52. A relação entre o «objecto específico» do direito de marca e a «função essencial» deste tipo de propriedade industrial na jurisprudência do Tribunal de Justiça foi analisada por de Medrano Caballero, I., em «El derecho comunitario de marcas: la noción de riesgo de confusión», *Revista de Derecho Mercantil*, n.° 234, Outubro-Dezembro 1999, pp. 1522 a 1524.

16 — É o que se chama a função essencial da marca (acórdãos já referidos, Canon, n.° 28, e Merz and Krell, n.° 22). O advogado-geral C. Cosmas, nas conclusões apresentadas no âmbito do processo que deu lugar ao acórdão de 4 de Maio de 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 e C-109/97, Colect., p. I-2779), sustentou que a função essencial da marca «[...] consiste, por um lado, na individualização dos produtos de uma empresa e na sua distinção relativamente a outros produtos semelhantes (função distintiva da marca) e, por outro, na sua ligação a uma empresa determinada (garantia de proveniência)» (n.° 27). Não se trata de identificar um produto de uma empresa em particular mas de o identificar como um dos que são designados pela mesma marca, ainda que a sua origem não seja conhecida. O objectivo é garantir que todos os produtos com a mesma marca sejam provenientes do mesmo fabricante, seja ele quem for. V., a este propósito, Fernández Novoa, C., *Fundamentos de derecho de marcas*, editorial Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 46 a 49, e Baylos Corroza, H., *Tratado de derecho industrial*, editorial Civitas, 2.° ed., Madrid, 1993, p. 817.

17 — É a função indicadora da qualidade, que incita as empresas a investir para melhorar os seus produtos e serviços. É desejável que as empresas estejam «[...] em condições de reter a clientela pela qualidade dos respectivos produtos ou serviços [...]» (acórdão HAG GF, já referido, n.° 13). O Tribunal de Justiça pronunciou-se no mesmo sentido no n.° 21 do acórdão Merz and Krell.

18 — Função condensadora da reputação ou da imagem.

19 — Função publicitária da marca, que é a mais controversa. Sobre as funções da marca relacionadas com as novas categorias deste tipo de propriedade industrial, pode consultar-se o estudo de M. L. Llobregat «Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto», em *Revista de Derecho Mercantil*, n.° 227, Madrid, Janeiro-Março 1998, pp. 54 a 56, bem como o de M. D. Rivero Gonzaléz, «Los problemas que presentan en el mercado las nuevas marcas cromáticas y olfativas», em *Revista de Derecho Mercantil*, n.° 238, Madrid, Outubro-Dezembro 2000, pp. 1657 a 1664.

20 — Fezer, C. H., *¿Cuándo se convierte un signo en marca?*, relatório apresentado no simpósio sobre a marca comunitária realizado em Alicante em Novembro de 1999. Neste relatório, o autor sustenta que a marca é um sinal de comunicação no mercado; que ela actua como um código de sinais que põe em contacto as empresas e os consumidores no mercado (citado por M. D. Rivero González, na obra já referida).

21 — Sobre as marcas como veículos da informação, v. Maniatis, S., «Scents as Trademarks: Propertization of Scents and Olfactory Property» em *Law and The Senses (Sensational Jurisprudence)* ed. L. Bently e L. Flynn, Pluto-Press, Londres-Chicago, 1996, pp. 217 a 235.

22 — V. Polasso, A., «La Comunicación inteligente», em *Humaniora*, página web da Faculdade das Artes da Universidade de Gotemburgo (www.hum.gu.se), pp. 61 e segs.

21. Todo o corpo humano é um meio de recepção sensorial e, consequentemente, o reconhecimento de um sinal pelo consumidor pode mostrar-se tão diverso como o número de sentidos de que este dispõe [23].

2. Os sinais que permitem distinguir, em especial, os sinais olfactivos

22. Se o objectivo de uma marca consiste em permitir que o consumidor distinga, pela sua origem, os produtos e serviços que lhe são oferecidos, esta função pode ser assumida por qualquer dos órgãos pelos quais se pode entrar em comunicação com o mundo exterior. O sinal distintivo pode ser apreendido pela visão, pela audição, pelo tacto, pelo olfacto ou mesmo pelo gosto [24]. *A priori,* toda a mensagem perceptível pelos sentidos pode constituir uma indicação para o consumidor e, consequentemente, pode ser um sinal susceptível de desempenhar a função de diferenciação de uma marca [25].

23. Em princípio, nada se opõe, pois, a que as marcas sejam constituídas por mensagens distintas das que são apreendidas pelos olhos [26].

24. Assim, ainda que toda a mensagem passível de ser apreendida por qualquer dos sentidos constitua um sinal susceptível de permitir a identificação dos produtos de

23 — V. *Marcas sonoras y olfativas,* no boletim elaborado por Henson & Co., Patentes y Marcas (http://publicaciones.derecho.org/henson/5.-_Noviembre_de_1999/2). Este documento colectivo evidencia que «em inumeráveis situações da vida quotidiana, encontramo-nos de costas voltadas para a televisão e, sem precisar de virar a cabeça, somos capazes de identificar o produto objecto da publicidade pela música ou indicativo musical que o acompanha».

24 — Isso foi expresso de modo notável por J. W. von Goethe no preâmbulo do seu *Tratado das cores:* «As cores mostram como a luz actua, como ela matiza. [...] É verdade, a cor e a luz encontram-se numa relação muito precisa, mas devemos imaginá-las como pertencendo ambas a toda a natureza; porque, deste modo, é esta que se quer revelar integralmente, em particular ao sentido da visão.
Do mesmo modo, é toda a natureza que se revela a um outro sentido. Fechemos os olhos, abramos e apuremos os ouvidos e, do sopro mais ténue ao ruído mais selvagem, do som mais simples à maior harmonia, do mais violento grito apaixonado à mais doce palavra razoável, é apenas a natureza que fala, revelando a sua existência, a sua força, a sua vida, as suas estruturas, de tal modo que um cego a quem o infinito visível está proibido pode encontrar no audível uma vida infinita.
Assim, a natureza faz descer as suas palavras até outros sentidos, a sentidos conhecidos, não reconhecidos, desconhecidos; assim fala ela consigo própria e connosco através de mil fenómenos.» (tradução livre)

25 — Perot-Morel, M. A., «Les difficultés relatives aux marques de forme et à quelques types particuliers de marques dans le cadre communnautaire», *Rivista di diritto industriale,* ano XLV (1996), primeira parte, pp. 247 a 261, em particular p. 257. Este autor matiza, contudo, a sua afirmação quanto aos sentidos do gosto e do tacto, visto que os sinais gustativos e tácteis não podem ser apreendidos pelo público independentemente dos objectos que representam: só é possível conhecer o gosto de um produto degustando-o e a suavidade de um tecido só pode ser apreciada tocando-o (p. 260). Além disso, nos casos referidos, o sinal não poderia de modo algum constituir uma marca devido à ausência de capacidade de diferenciação: o gosto de uma maçã descreve este fruto. Um sabor só poderia constituir uma marca se não tivesse qualquer elo com o gosto de um determinado produto; por exemplo, o sabor a maçã para diferenciar uma linha de produtos de beleza. No entanto, nesse caso, seria necessário, ou pelo menos conveniente, saborear uma maçã para apreender o sinal distintivo, caso em que o sinal seria este fruto, ou experimentar um produto de beleza com sabor a maçã, caso em que o sinal distintivo não seria o sabor mas o produto em si mesmo considerado. O mesmo se aplica ao sentido do tacto, o que me permite afirmar que só poderão constituir uma marca os sinais que, como os visuais, sonoros e olfactivos, se deslocam no espaço e podem ser apreendidos independentemente do objecto de que constituem uma qualidade.
Sobre as dificuldades da identificação de um produto pelo seu odor, antes de o adquirir, v. o trabalho de S. Maniatis, já referido, pp. 222 e 223.

26 — M. D. Rivero González afirma, no trabalho já referido (p. 1646), que os estudos de marketing demonstram que a percepção, pelo consumidor, através de órgãos distintos da visão, de estímulos, no processo de diferenciação dos produtos, pode ser de grande utilidade para a comunicação que a marca tem por objectivo estabelecer.

uma empresa, esta aptidão inata não é sempre a mesma. A razão disso é muito simples: a percepção que o ser humano tem do mundo exterior difere em função do sentido, da janela, pela qual a recebe [27].

25. A neurofísica estabelece geralmente uma distinção entre os sentidos «mecânicos» e os «químicos». Os primeiros são o tacto, a visão e a audição, todos facilmente perceptíveis visto que respondem à ideia de forma (*gestalthaft* — «o próprio da forma») e podem ser descritos de maneira relativamente objectiva. A descrição dos segundos, o gosto e o olfacto, apresenta no entanto uma dificuldade maior, devida à ausência de regras precisas para definir o seu conteúdo. Na cultura ocidental, o olfacto e o gosto, assim como o tacto, são relegados para segundo plano. Para Platão e Aristóteles, trata-se de sentidos que propiciam prazeres menos puros e menos elevados do que a visão e a audição. Na Europa das Luzes, Kant apresentou-os como sentidos ingratos e Hegel considerava-os como sendo incapazes de propiciar um verdadeiro conhecimento do mundo e do próprio eu. Freud e Lacan relegaram-nos para o mundo dos animais e associaram a evolução da civilização ao recuo desses sentidos [28].

26. É preciso ser-se prudente quando se fala de subjectividade ou de objectividade dos sentidos. Não existem órgãos sensoriais objectivos e outros subjectivos. Na obra citada, Goethe sustenta que o sentido da visão e a percepção das cores estão imbuídos de relativismo [29]. Por outro lado, é sabido que a caracterização duma obra musical não é sempre idêntica [30], dependendo do ouvinte e da sua sensibilidade. Afinal de contas, aquele que recebe uma mensagem é um indivíduo com a sua própria experiência e as suas capacidades individuais de percepção. Na realidade, cumpre falar de percepção sensorial de maior ou menor perfeição e, consequentemente, de maior ou menor rigor na descrição que o receptor faz do que apreende.

27. A este nível, seria difícil proceder a uma caracterização geral dos sentidos para afirmar que o mais desenvolvido é o da visão. A capacidade de percepção das cores pela visão de um ser humano é tão limitada [31] como a do seu olfacto para apreciar os odores. Além disso, a descrição de uma cor

27 — V. as minhas considerações sobre esta questão na nota 25.

28 — V. Laligant, O., «Des œuvres aux marches du droit d'auteur: les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher», em *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 1992, n.º 1, pp. 107 e 108, citado por Clavier, J.-P., *Les Catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, ed. L'Harmattan, 1998, p. 248.

29 — Nas *Afinidades electivas*, diz: «Creio que sonhamos para não deixar de ver» (citado por J. Arnaldo no seu estudo introdutório do *Tratado das cores*). Não existe nada mais pessoal do que os sonhos.

30 — Como também o não é a sua interpretação.

31 — Pode-se referir, a título exemplificativo, que, perante um catálogo das cores utilizadas para os mostruários comerciais de pintura, a escolha de uma determinada cor (rosa, verde ou azul) entre as diversas tonalidades (vinte ou trinta, em tamanho reduzido) constitui um verdadeiro problema. A visão humana só é capaz de distinguir, sem risco de confusão, entre três ou quatro tons de uma mesma cor. Um consumidor médio é incapaz de distinguir as tonalidades próximas ou similares de uma dada cor (v. M. D. Rivero González, op. cit., p. 1673).

pode, afinal, ser tão imprecisa e difícil como a de um odor [32].

28. Qual é então a diferença? A visão permite ver não só a cor mas também as formas [33], enquanto o olfacto apenas permite a percepção da «cor do cheiro», nunca das suas «espécies» [34]. O sentido da visão permite uma maior amplitude de apreensão e, consequentemente, de compreensão. Esta é, em minha opinião, a diferença essencial que, no que respeita à sua vocação para singularizar, existe entre as mensagens visuais e as olfactivas.

29. Em quaisquer circunstâncias, penso que a capacidade abstracta de os sinais perceptíveis pelo olfacto desempenharem uma função representativa é indiscutível. Se se pretende simbolizar os produtos ou os serviços de uma determinada proveniência, para os distinguir dos que têm origem diferente, se se trata de evocar uma origem concreta, uma qualidade, a reputação de uma empresa, é preferível recorrer a um sentido que, como o olfacto, possui inegáveis qualidades evocativas e mesmo de persuasão [35]. M. D. Rivero escreve, no trabalho já referido [36], que os estudos sobre a percepção dos odores demonstram que a memória olfactiva é provavelmente a melhor de que dispõe o ser humano [37]. O olfacto, pela sua função específica no sistema nervoso, está intimamente associado às estruturas límbicas que intervêm na evocação das recordações e nas emoções [38]. Como Proust já então bem com-

32 — É preciso ter em conta que, por exemplo, as cartas de cores utilizadas no mercado podem apresentar até 1 750 tonalidades, em mesclas (v. M. D. Rivero González, op. cit., nota de rodapé n.º 78, p. 1675).

33 — Em «Ensayos sobre la pintura» (*Pensamientos soltos sobre la pintura*, ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 9), D. Diderot escreveu que «o desenho dá a forma aos seres; a cor dá-lhes vida». A relação entre a cor e a forma foi explicada em 1975, de modo muito gráfico, por Ch. Metz na sua obra *Lo percibido y lo nombrado* (disponível na internet, no endereço www.otrocampo.com). Metz escreveu que, numa revista de vestuário, se dois artigos tiverem um corte idêntico mas se distinguirem pela sua cor, se considera que se trata da mesma roupa em dois «tons» diferentes, visto que a cultura garante a perenidade do objecto (da forma) e a língua consolida-a: só o atributo mudou. Se os dois artigos forem da mesma cor e de corte diferente, ninguém pensará ou dirá que a loja propõe «o mesmo tom em duas peças de vestuário», dir-se-á mais facilmente que «as duas peças de vestuário têm o mesmo tom». A cor é o atributo: trata-se de dois objectos distintos com cor idêntica.

34 — Na realidade, o que resulta do estudo realizado por M. D. Rivero González, já referido, é que a admissão, enquanto marca de fábrica, das cores e dos odores apresenta dificuldades similares.

35 — Em *Le Parfum, Histoire d'un meurtrier*, ed. Fayard, Paris, 1986, P. Süskind conta a história de um homem que residia em França, no século XVIII, que possuía um olfacto extraordinário e cujas fragrâncias provocaram um elevado número de mortes nos que lhe estavam mais próximos, até ser devorado numa cena de canibalismo assustadora. Na p. 105, P. Süskind escreve: «há uma evidência do perfume que é mais convincente do que as palavras, a aparência visual, o sentimento e a vontade. A evidência do perfume possui uma convicção irresistível, penetra em nós como o ar que respiramos penetra nos nossos pulmões, invade-nos, preenche-nos completamente, não há forma de nos defendermos dela» (tradução livre).

36 — P. 1677.

37 — Na edição de sábado, 7 de Julho de 2001, o jornal *Le Monde* publicou um artigo (p. 16) intitulado «Fouiller la mémoire pour accroître l'effet des publicités». Segundo este artigo, investigadores em ciências cognitivas e em neurofisiologia colocam-se ao serviço dos publicitários para melhorar a memorização das mensagens comerciais.

38 — Ch. Baudelaire exprimiu-o com talento no seu poema «Le parfum», incluído em «Spleen et Idéal» e publicado em *Les fleurs du mal*, ed. Gallimard (La Pléiade), Paris, 1971, p. 39:

«Lecteur, as-tu quelquefois respiré
Avec ivresse et lente gourmandise
Ce grain d'encens qui remplit une église
Ou d'un sachet le musc invétéré?

Charme profond, magique dont nous grise
Dans le présent le passé restauré
Ainsi l'amant sur un corps adoré
Du souvenir cueille la fleur exquise.

Dans ses cheveux élastiques et lourds
Vivant sachet, encensoir de l'alcôve,

Une senteur montait, sauvage et fauve,
Et des habits, mousseline ou velours,
Tout imprégnés de sa jeunesse pure,
Se dégageait un parfun de fourrure.»

preendera [39], segundo as mais recentes descobertas da neurofisiologia as recordações e as emoções andam sempre juntas.

30. Esta propriedade que têm os sinais apreendidos pelo olfacto de desempenhar a função de diferenciação própria das marcas não é meramente teórica. Certas ordens jurídicas admitiram as marcas olfactivas. A ordem jurídica mais percursora foi a dos Estados Unidos, os quais admitiram, em 19 de Setembro de 1990, o registo de uma marca consistente na «fragrância fresca floral que faz lembrar as mimosas de flores vermelhas», aplicável a fios para costura e bordado [40]. Cumpre, no entanto, fazer duas precisões sobre esta marca. Na realidade, a marca não é tanto o odor como o produto perfumado, independentemente da sua fragrância [41].

31. A segunda precisão é mais complexa e prende-se com uma característica própria do sistema americano de registo das marcas comerciais. Diferentemente dos princípios aplicáveis na ordem jurídica comunitária e nas ordens jurídicas da maioria dos Estados-Membros, para que determinados sinais possam ser registados como marcas não basta que permitam uma diferenciação, sendo indispensável que esta característica tenha sido demonstrada na prática por um uso exclusivo e contínuo durante um determinado tempo («secondary meaning»). Nesses casos, o direito à marca nasce do uso e não do registo. O símbolo converte-se em marca quando a clientela o considera como tal [42].

39 — O fenómeno da memória involuntária provocado por determinadas percepções sensoriais evocadoras de tempos passados constitui o detonador do processo criativo de Marcel Proust em *À la recherche du temps perdu*. Independentemente do episódio bem conhecido da madalena embebida numa infusão de chá, que justificou e está na base do romance (S. Doubrousky, *La place de la madeleine, Écriture et fantasme chez Proust*, ed. Mercure de France, Paris, 1974, pp. 7 e segs.), existem outros actos de percepção imediata e fortuita, entre os quais o escritor irlandês Samuel Beckett, prémio Nobel da Literatura em 1969, destaca o cheiro a bafio numas casas de banho públicas dos Campos Elísios (S. Beckett, *Proust*, ed. Nostromo, Madrid, 1975, p. 38), ainda que várias outras impressões olfactivas existam ao longo de toda a obra de Proust, como o cheiro de um caminho e das folhas das árvores, o perfume de uma flor ou o cheiro de um compartimento fechado (J.-P. Richard, *Proust et le monde sensible*. ed. Du Seuil, Paris, 1974, pp. 133 e 134). Concretamente, o cheiro a bafio que libertavam as paredes húmidas e antigas da entrada das casas de banho onde o autor esperava a saída de Françoise, invade-o «d'un plaisir consistant auquel je pouvais m'étayer, délicieux, paisible, riche d'une vérité durable, inexpliquée et certaine» (de um prazer consistente, em que podia apoiar-me, delicioso, pacífico, rico de uma verdade duradoura, inexplicável e certa) [M. Proust, *À la recherche du temps perdu, À l'ombre des jeunes filles en fleurs*, ed. Gallimard (La Pléiade), Paris, 1987, tomo I, p. 483] (tradução livre).

40 — Mais recentemente, em 26 de Junho de 2001, o perfume de cereja foi registado, para lubrificantes sintéticos de veículos de competição ou destinados a espectáculo. Estão actualmente a ser analisados catorze outros pedidos de registo de marcas olfactivas.

41 — V. o trabalho de M. L. Llobregat, já referido, pp. 110 e segs.; pode igualmente consultar-se o trabalho de E. Gippini Fournier, «Las marcas olfativas en los Estados Unidos», *Actas de Derecho Industrial*, tomo XIV,1991-1992, edição conjunta do Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela e de Marcial Pons, Ediciones jurídicas, S.A., Madrid, 1993, pp. 157 a 167. Na decisão de autorização desta marca, o Trademark Trial and Appeal Board precisou que ela não poderia servir de precedente para o registo de odores representativos de produtos que, em si mesmos, são olfactivos (águas de colónia, produtos de limpeza). As marcas desta natureza só são admissíveis para produtos que, habitualmente, não estão associados a um odor.

42 — V. McCarthy, J. T., «Les grandes tendances de la législation sur les marques et sur la concurrence déloyale aux États-Unis d'Amérique dans les années 1970», em *La Propriété industrielle, Revue mensuelle de l'Organisation mondiale de la Propriété Intellectuelle*, n.º 10, Outubro de 1980, pp. 225 e 226. O «secondary meaning» não é desconhecido em direito comunitário das marcas. O artigo 3.º, n.º 3, da Primeira Directiva permite o registo como marca de sinais que, não tendo inicialmente carácter distintivo, o tenham adquirido através do uso (o artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento n.º 40/94 orienta-se no mesmo sentido).

32. Na ordem jurídica da União Europeia, o Instituto de Harmonização do Mercado Interno aceitou o registo do «cheiro de erva recentemente cortada» para bolas de ténis [43]. Parece, no entanto, que se trata de uma «pérola no deserto», de uma decisão isolada destinada a não ter seguimento [44].

33. No Reino Unido [45], o United Kingdom Trade Mark Registry aceitou duas marcas olfactivas: o cheiro de rosa aplicado a pneus (marca n.º 2001416) e o cheiro de cerveja aplicado a dardos (marca n.º 2000234). No entanto, como indicou o Governo britânico nas suas observações escritas [46], a prática relativa a esta categoria de marcas está a modificar-se. Com efeito, por decisão de 16 de Junho de 2000, confirmada, em recurso, por acórdão de 19 de Dezembro do mesmo ano, o Registar recusou o registo de uma marca consistente no aroma ou na essência de canela, para artigos de mobiliário e acessórios (n.º 2000169).

34. Em França [47], os perfumes podem ser objecto de direitos de autor [48] e, no Benelux, foi admitida uma marca olfactiva para produtos cosméticos [49].

3. *A impossibilidade de «representação gráfica» das mensagens olfactivas*

35. Em conformidade com o artigo 2.º da Primeira Directiva, para poderem constituir uma marca não basta que os sinais sejam «adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas», é igualmente necessário que sejam susceptíveis de «representação gráfica» [50].

43 — Decisão da Segunda Câmara de Recurso, de 11 de Fevereiro de 1999, processo R 156/1998-2, pedido n.º 428.870.

44 — Na *Oami News* n.º 3, 1999, p. 4, surgiu um pequeno artigo que relata que, apesar da concessão da marca n.º 428.870, «cheiro de erva recentemente cortada», o Instituto manterá a prática que consiste em exigir uma representação gráfica (em duas dimensões) de todas as marcas que não são verbais, como condição da admissão de um pedido.

45 — Sobre as marcas olfactivas na Grã-Bretanha, v. os n.ºs 33 e segs. das observações escritas apresentadas pelo Governo britânico.

46 — N.º 37.

47 — O *Bulletin officiel de la propriété industrielle* francês publicou o pedido de registo de cinco marcas olfactivas, mas nenhuma delas foi ainda registada.

48 — V. o acórdão da Cour d'appel de Paris, Rochas, de 3 de Julho de 1975; v. igualmente a decisão do Tribunal de commerce de Paris, Thierry Mugler Parfums, de 24 de Setembro de 1999.

49 — O depósito (n.º 925.979) foi efectuado pela sociedade francesa Lancôme Parfums et Beauté & Cie. O Instituto Benelux das Marcas também admitiu o cheiro de erva recentemente cortada como marca de bolas de ténis.

50 — O artigo 8.º, n.º 1, da lei alemã tem a mesma orientação, ao proibir o registo como marca de sinais distintivos que «não podem ser objecto de uma representação gráfica». Esta exigência é igualmente imposta pelo artigo 711.º-1 do Código da Propriedade Intelectual francês e pelo artigo 165.º, n.º 1, do Código da Propriedade Industrial português, bem como pelo artigo 16.º da lei italiana sobre as marcas. As leis dinamarquesa, finlandesa e sueca correspondentes seguem a mesma linha. O direito grego consagra a mesma exigência (artigo 1.º, n.º 1, da lei 2239/1994). A Trade Marks Act 1994 (artigo 1.º, n.º 1), no Reino Unido, e a Trade Marks Act 1996 (secção 6), na Irlanda, exigem uma representação gráfica para o registo dum sinal como marca. Finalmente, em Espanha, a lei vigente não consagra esta exigência; mas o projecto de lei das marcas (Ley de Marcas), que actualmente é objecto de debates parlamentares, define a marca, no artigo 4.º, n.º 1, como «qualquer sinal susceptível de representação gráfica [...]» [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, serie II: projectos de lei n.º 31 (a), de 4 de Julho de 2001, p. 6]. Na ordem jurídica dos Estados Unidos, a possibilidade de ser objecto de representação gráfica não é, no entanto, uma exigência do conceito de marca, o que talvez explique a maior proliferação deste tipo de sinais distintivos no sistema americano.

36. Este requisito é imposto pelo princípio da segurança jurídica. Uma marca registada confere um monopólio ao seu titular, o qual faz um uso exclusivo, com exclusão de qualquer outra pessoa, dos sinais que a constituem. A consulta do registo deve permitir conhecer, em toda a dimensão inerente à publicidade dos registos, a natureza e o âmbito dos sinais, das indicações e dos símbolos registados como marcas, e é com esse objectivo que se exige a sua representação gráfica. Se uma empresa se apropria de certos sinais e indicações determinadas, a fim de distinguir os seus produtos e serviços dos das outras empresas, há que conhecer detalhadamente os símbolos de que se apropriou, para que os outros saibam com o que contam. É pois por razões de segurança jurídica que a exigência da representação gráfica se associa à função distintiva, função primeira e essencial das marcas.

37. Representar graficamente é descrever algo utilizando símbolos susceptíveis de serem desenhados. Isso significa que à vocação original de diferenciação de um qualquer sinal se junta a sua capacidade de ser «inscrito em papel» e, consequentemente, de ser visualmente perceptível. Visto que se pretende diferenciar, esta representação deve ser feita de modo compreensível, porque a compreensão é o pressuposto do discernimento.

38. Assim sendo, uma qualquer representação gráfica não basta. Deve preencher duas condições. Em primeiro lugar, deve ser completa, clara e precisa, para que se possa saber, sem qualquer dúvida possível, o que é objecto da exclusividade. Além disso, deve ser inteligível por aqueles que pretendam consultar o registo, isto é, os outros produtores e os consumidores [51]. A capacidade de diferenciação e de ser objecto de representação gráfica são dois critérios que prosseguem o mesmo objectivo, que é o de os produtos no mercado poderem ser seleccionados pelos potenciais compradores em função da sua proveniência. Os sinais constitutivos de uma marca são representados graficamente para proteger a sua apropriação por uma empresa, que os adoptou com o objectivo de individualizar os seus produtos e os serviços que presta, e para dar publicidade a essa apropriação.

39. Pode-se «desenhar» um odor? Pode um sinal olfactivo ser representado graficamente com precisão e clareza para todos? Em minha opinião, a resposta é negativa. Parece sê-lo igualmente para R. Sieckmann que, na sua intervenção oral na audiência, reconheceu que os odores não podiam ser representados graficamente. Para chegar a esta conclusão, basta analisar as alternativas propostas pelo Bundespatentgericht na segunda questão.

40. A fórmula química não representa o odor de uma substância, mas sim a substância enquanto tal. Só as componentes

51 — Nas suas observações escritas, o Governo britânico argumentou, adequadamente, que não era admissível uma representação que exigisse esforços exagerados para determinar o sinal que está reproduzido no registo [n.º 32, c)].

químicas e as proporções exactas para obter um produto determinado seriam objecto do registo, e não o sinal olfactivo. Esta representação sofreria ainda de uma falta de clareza e de precisão, que todavia são necessárias. Muito poucas pessoas seriam capazes de interpretar um odor a partir da fórmula química representativa do produto de que emana, isto é, a partir dos elementos que o compõem e das quantidades [52] a misturar para o obter [53]. Acrescente-se que um mesmo produto é susceptível de produzir sinais olfactivos diferentes em função de factores tão aleatórios como a sua concentração, a temperatura ambiente ou o suporte em que seja aplicado [54].

41. A descrição de um sinal pela linguagem escrita constitui uma representação gráfica mas não cumpre, por si mesma, as exigências de clareza e de precisão estabelecidas [55]. Pelas razões que expus algumas linhas atrás, a descrição de um desenho apresenta menos dificuldades do que a descrição de um trecho musical, de uma cor ou de um odor. A forma que acompanha o desenho permite uma objectivação das suas características, o que não acontece com os sinais que não são figurativos. A descrição de um odor é marcada por uma maior subjectividade [56] e, consequentemente, por uma maior relatividade, característica contrária à precisão e à clareza [57]. O processo na origem da presente questão prejudicial constitui um bom exemplo disso. O requerente solicita o registo de um aroma «balsâmico-frutado com ligeiras notas de canela». Que significa balsâmico? O que abrange o carácter frutado? Qual pode ser a intensidade de uma nota de canela? Esta descrição não permite conhecer o sinal olfactivo cuja exclusividade o demandante solicita. Mesmo que fosse mais longa, não ganharia em precisão e sempre seria impossível determinar, sem que restassem dúvidas, em que consiste o odor em questão [58]. Parece evidente que a descrição

52 — Quem seria capaz de apreender um aroma «balsâmico-frutado com ligeiras notas de canela» a partir da fórmula C_6H_5-CH = CHCOOCH$_3$?

53 — O Governo do Reino Unido especifica, nas suas observações escritas, que muitos odores não resultam de uma única substância química pura, mas de uma mistura. A obrigação de identificar a natureza do sinal a partir de um certo número de fórmulas químicas complexas constituiria um encargo inaceitável para os que consultam o registo (n.º 41).

54 — Meister, H. E., «Markenfähigkeit und per se-Ausnahmen im Gemeinschaftsmarkenrecht», em *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis*, n.º 9/2000, pp. 967 e segs., explica como a «erva recentemente cortada» não tem, na sua cidade natal, o mesmo odor que em Alicante.

55 — A menos que se trate de uma marca estritamente nominativa. Por exemplo, a marca nominativa «tapitoli» é, em si, distintiva, excepto, evidentemente, se existirem outros nomes idênticos ou similares para produtos idênticos ou similares (v. os artigos 4, n.º 1, e 5, n.º 1, da Primeira Directiva).
O número da *Oami News* já referido indica que o Instituto tem por prática indeferir uma descrição como substituto válido de uma representação gráfica.

56 — O Governo austríaco demonstra-o nas suas observações escritas com um exemplo elucidativo: nem dois enólogos descrevem o aroma de um mesmo vinho de maneira idêntica (n.º 4, segundo parágrafo). Por exemplo, o «bouquet» do vinho «Château Talbot» (denominação de origem: *Bordeaux, Saint Julien*) da colheita de 1992 é descrito do seguinte modo: «aroma exótico e extrovertido de cereja negra em compota, de trufa e de alcaçuz, marcado por odores vegetais e herbáceos; medianamente encorpado, suave, sumarento e suculento» (Parker, R., *Les vins de Bordeaux*, ed. Solar, Paris, 999, p. 317), mas igualmente como: «bouquet com aroma de borra de café, com uma ponta animal e uma bela estrutura; rico e com uma boa concentração» (*Le guide Hachette des vins, 1996*, edição de J. Arcache e C. Montalbetti, Paris, 1995, p. 327).

57 — H. E. Meister indica, citando K. Lorenz, que a dificuldade de objectivar os odores provém parcialmente das limitações da linguagem, que se desenvolveu numa época em que a única experiência conhecida era a ontogénese. É por essa razão que descrevemos os odores por referência a outros objectos («odor de canela»).

58 — No estudo já referido, S. Maniatis retoma a descrição que do odor do perfume «N.º 5» de Chanel foi feita para tentar obter o seu registo: O aroma de um perfume «aldeídico-floral, com uma nota principal composta de aldeídos, de bergamota, de limão e de flor de laranjeira; uma elegante nota de coração floral de jasmim, rosa, junquilho, íris e ylang-ylang; e uma nota de fundo sensual e feminina de sândalo, cedro, baunilha, âmbar, cebolinho e almíscar. Este aroma é igualmente conhecido pela sua denominação numérica: N.º 5».

de um odor não é uma representação gráfica adequada ao sentido do artigo 2.º da Primeira Directiva [59].

42. Finalmente, a apresentação, para efeitos de registo, de uma amostra do produto químico de que emana o odor não é a «representação gráfica» do sinal distintivo. Ainda que se admitisse a consignação de uma amostra-padrão da substância que produz o odor, às dificuldades de registo associadas à sua clareza e precisão juntar-se-iam os inconvenientes relativos à publicação e aos efeitos do tempo. Devido à volatilidade dos seus componentes, um odor modifica-se ao longo do tempo, até que desaparece [60].

43. Se nenhum dos sucedâneos propostos na segunda questão é susceptível de preencher individualmente as exigências próprias de uma «representação gráfica» que permita determinar com clareza e precisão o sinal ou sinais que constituem a marca, a sua soma pode criar uma incerteza ainda maior. O registo de uma fórmula química, acompanhada de uma amostra e de uma descrição do odor produzido, aumenta o número de mensagens susceptíveis de dar a conhecer o sinal e, consequentemente, o risco de eventuais interpretações diferentes [61].

44. Não pretendo de modo algum negar que as mensagens olfactivas possam ser representadas por escrito. Existem diferentes sistemas, aperfeiçoados pela ciência, para «desenhar» os odores [62], mas, na sua fase actual, todos estes sistemas enfermam das dificuldades anteriormente expostas e da falta de clareza e de precisão necessárias à expressão visual de um sinal distintivo cuja exclusividade se pretende preservar através de uma marca.

45. Não é necessário excluir expressamente certos sinais da legislação relativa às marcas. Alguns excluem-se a si próprios, por não preencherem as exigências específicas do direito das marcas [63].

59 — Se se tivesse que admitir que a descrição de um odor pode constituir uma marca, porque não admitir o mesmo para um sentimento? Por exemplo, a angústia, o medo, a esperança ou o bem-estar.

60 — A volatilidade é a característica física indispensável para que uma substância tenha um odor. Os perfumes cheiram porque são voláteis. A volatilidade dos seus componentes não é uniforme. Os receptores sensitivos recebem, em primeiro lugar, impulsos olfactivos produzidos pelas notas mais voláteis («notas de saída»). As «notas de coração» ou notas intermédias constituem a parte central do perfume. As mais tenazes e as menos voláteis são as «notas de fundo», que dão a persistência e o carácter ao perfume.

61 — Não seria extraordinário que uma pessoa que pretendesse examinar o registo da marca ficasse convencida, após ter cheirado a amostra apresentada, que o aroma apercebido não correspondia à sua descrição, ainda que, por outro lado, não pudesse pronunciar-se sobre a fórmula química registada, que, para ela, seria enigmática.

62 — A avaliação sensorial, a cromatografia gasosa (GC) e a cromatografia líquida de elevado rendimento (HPLC), que são descritas por M. L. Llobregat nas pp. 102 a 105 do seu trabalho, já referido.

63 — Mathély, M., «Le droit français des signes distinctifs», *Librairie du Journal des Notaires et des Avocats*, Paris, 1984, p. 42.

46. Em resumo, os odores, ainda que possam ter um carácter distintivo, não são susceptíveis de ser objecto de uma «representação gráfica», como impõe o artigo 2.° da Primeira Directiva. Por esta razão não podem, em conformidade com a disposição referida, constituir marcas nem, consequentemente, ser registados como tais, por força do artigo 3.°, n.° 1, alínea a), da mesma directiva.

IV — Conclusão

47. Tendo em conta o que antecede, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões que lhe foram submetidas pelo Bundespatentgericht:

«1) O 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, exige, para que um sinal possa ser registado, que este apresente um carácter distintivo e seja susceptível de ser objecto de uma representação gráfica integral, clara, precisa e compreensível para a maioria dos fabricantes e dos consumidores.

2) Actualmente, os odores não são susceptíveis de ser objecto da referida representação gráfica pelo que, em conformidade com o que prevê o referido artigo, não podem constituir marcas.»