

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quarta Secção)
18 de Fevereiro de 2004 *

No processo T-10/03,

Jean-Pierre Koubi, residente em Marselha (França), representado por
K. Manhaeve, advogado, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrente,

contra

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

recorrido,

* Língua do processo: francês.

sendo interveniente no Tribunal

Fabricas Lucia Antonio Betere, SA (Flabesa), com sede em Madrid (Espanha),
representada por I. Valdelomar, advogado,

que tem por objecto um recurso interposto da decisão da Quarta Câmara de Recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI) de 16 de Outubro de 2002 (processo R 542/2001-4), relativa a um processo de oposição entre J.-P. Koubi e Fabricas Lucia Antonio Betere, SA (Flabesa),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Quarta Secção),

composto por: H. Legal, presidente, V. Tiili e M. Vilaras, juízes,

secretário: B. Pastor, secretário adjunto,

vistos os autos e após a audiência de 20 de Novembro de 2003,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

- 1 Em 13 de Maio de 1999, o recorrente apresentou um pedido de marca comunitária ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI), nos termos do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1), com redacção alterada.
- 2 A marca cujo registo foi pedido é o sinal nominativo CONFORFLEX.
- 3 Os produtos e serviços para os quais o registo da marca foi pedido integram a classe 20 na acepção do Acordo de Nice relativo à classificação internacional dos produtos e serviços para efeitos do registo das marcas, de 15 de Junho de 1957, na versão revista e alterada, e correspondem à seguinte descrição: «móveis de cama».
- 4 O pedido de marca comunitária foi publicado no *Boletim das marcas comunitárias* n.º 93/99, de 22 de Novembro de 1999.

- 5 Em 21 de Fevereiro de 2000, a Fabricas Lucia Antonio Betere, SA (a seguir «interveniante»), deduziu oposição nos termos do artigo 42.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94. O fundamento invocado para a oposição foi o risco de confusão referido no artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 entre a marca requerida e quatro marcas anteriores de que é titular a interveniente.
- 6 Na sua decisão de 23 de Março de 2001, a Divisão de Oposição considerou, em primeiro lugar, que a prova da utilização séria não tinha sido apresentada no que respeita a duas das quatro marcas anteriores e, portanto, teve em conta apenas as duas marcas seguintes:

— a marca figurativa, a seguir representada, registada em Espanha com o n.º 1 951 681



The image shows a stylized logo for the brand 'FLEX'. To the left of the word 'FLEX' is a square symbol with a diagonal line. The word 'FLEX' is written in a bold, blocky, sans-serif font.

— a marca figurativa, a seguir representada, registada em Espanha com o n.º 2 147 672



The image shows a stylized logo for the brand 'FLEX', similar to the one above, but with a square symbol to the left. The logo is surrounded by Pantone color codes: 'Pantone 298' at the top left, 'Pantone 002' at the top right, and 'Pantone 1815' at the bottom center.

- 7 Os produtos para os quais as marcas anteriores estão registados inserem-se na aceção do Acordo de Nice e correspondem à seguinte descrição: «Camas, colchões e almofadas à base de lã, borra de lã e colmo, crinas de cavalo e matérias similares, colchões mistos com molas elásticas, almofadas e colchões em borracha, espuma e todos os tipos de espuma poliuretano; berços, divãs; colchões de palha com madeira e molas com estrutura em ferro; camas sobrepostas, mesinhas de cabeceira, berços, móveis de campismo e de praia, móveis de todo o tipo, incluindo móveis metálicos, móveis convertíveis, mobiliário de escritório, colchões com molas metálicas e tubulares, colchões pneumáticos de utilização não médica, colchões e colchões com molas para mobiliário de cama, estruturas de cama (em madeira); artigos de mobiliário de cama com excepção das cobertas de cama; instalações de mobiliário de cama (não metálicas), rodas para camas, não metálicas; colchões com molas para camas, camas de hospital; camas hidrostáticas, de utilização não médica, móveis, espelhos, molduras; produtos não incluídos noutras classes, em madeira, cortiça, cana, junco, vime, chifre, osso, marfim, baleia, tartaruga, âmbar, madreperola, espuma do mar, sucedâneos de todas estas matérias ou em matérias plásticas».
- 8 Seguidamente, a Divisão de Oposição rejeitou a oposição por, não sendo as marcas em causa semelhantes, não existir risco de confusão entre elas.
- 9 Em 18 de Maio de 2001, a interveniente interpôs recurso nos termos do artigo 59.º do Regulamento n.º 40/94, pedindo a anulação da decisão da Divisão de Oposição.
- 10 Por decisão de 16 de Outubro de 2002 (a seguir «decisão impugnada»), notificada à recorrente no dia 7 de Novembro seguinte, a Quarta Câmara de Recurso do IHMI julgou procedente o recurso e, por conseguinte, anulou a decisão da Divisão de Oposição e recusou o pedido de marca comunitária. Essencialmente, a Câmara de Recurso entendeu que os sinais em causa partilham a mesma referência à flexibilidade e apresentam fortes semelhanças conceptuais, que não foram analisadas pela Divisão de Oposição. Além disso, a Câmara de Recurso também

indicou que, sendo embora possível que o termo «flex» seja evocador, o recorrente não provou que seja frequentemente utilizado, no mercado espanhol, por outras empresas para designar móveis de cama. Nestas condições, e tendo também em conta a identidade dos produtos em causa, a Câmara de Recurso concluiu pela existência de um risco de confusão entre a marca requerida e as marcas anteriores.

Tramitação processual e pedidos das partes

- 11 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 13 de Janeiro de 2003, o recorrente interpôs o presente recurso.

- 12 A interveniente e o IHMI apresentaram as suas alegações de resposta na Secretaria do Tribunal, respectivamente, nos dias 16 de Abril e 12 de Maio de 2003.

- 13 O recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— condenar o IHMI na totalidade das despesas.

14 O IHMI conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- negar provimento ao recurso;

- condenar o recorrente nas despesas.

15 A interveniente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- negar provimento ao recurso;

- recusar a marca requerida;

- tomar uma decisão que lhe seja favorável no que toca às despesas.

Questão de direito

16 O recorrente invoca, essencialmente, um único fundamento assente na violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94.

Argumentos das partes

- 17 O recorrente observa, a título liminar e remetendo para o acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1997, SABEL (C-251/95, Colect., p. I-6191), que o risco de confusão no espírito do público deve ser apreciado globalmente, tendo em conta todos os factores relevantes do caso em apreço e, designadamente, a semelhança fonética, visual e conceptual das marcas em causa, bem como o respectivo carácter distintivo.
- 18 Sustenta, em primeiro lugar, que os sinais em causa não são semelhantes.
- 19 No plano visual, refere que as marcas anteriores se compõem de um ou de vários elementos figurativos e de um elemento nominativo, ao passo que a marca requerida é puramente nominativa, não sendo, além disso, o termo «flex» especialmente realçado.
- 20 No plano fonético, sustenta que o facto de a única sílaba das marcas anteriores ser idêntica à terceira sílaba da marca comunitária requerida é insuficiente para considerar que as marcas em causa apresentam similitudes fonéticas. Alega que, de um modo geral e como foi salientado por uma Câmara de Recurso num processo que opunha as marcas INCEL e LINZEL (Vertex Pharmaceuticals Inc./Almirall-Prodesfarma SA, decisão R 793/2001-2, de 16 de Outubro de 2002), o consumidor presta maior atenção à parte inicial da marca do que ao seu fim. Aliás, o sinal nominativo reivindicado, pronunciado em espanhol, realça a primeira sílaba, sendo o acento colocado nitidamente mais na primeira sílaba do que nas segunda e terceira sílabas.

- 21 No plano conceptual, o conceito das marcas anteriores repousa tanto no símbolo do cisne como na evocação da noção de flexibilidade, ao passo que o conceito da marca requerida consiste em «colocar em perspectiva» as noções de conforto e de flexibilidade, sendo todavia o acento colocado na noção de conforto, evocado pela primeira sílaba da marca.
- 22 Em segundo lugar, o recorrente observa que a Câmara de Recurso apenas pôde encontrar uma semelhança no que respeita ao termo «flex», comum às duas marcas em causa e considerado pela Câmara de Recurso o elemento dominante das marcas anteriores. Mesmo supondo que esta última afirmação possa ser considerada exacta, o recorrente sustenta que este elemento dominante deve ser distintivo a fim de poder influenciar a apreciação do risco de confusão. Com efeito e em conformidade com o acórdão SABEL, já referido, o risco de confusão será tanto maior quanto o carácter distintivo da marca anterior seja importante.
- 23 Remetendo para o acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 1999, Lloyd Shuhfabrik Meyer (C-342/97, Colect., p. I-3819), o recorrente indica que, na apreciação do carácter distintivo de uma marca, há que tomar em consideração todos os elementos relevantes e, designadamente, as qualidades intrínsecas da marca, incluindo o facto de apresentar ou não elementos descritivos dos produtos ou serviços para os quais foi registada.
- 24 Ora, o termo «flex» evocará clara e espontaneamente o conceito ou a qualidade de flexibilidade. De resto, constituirá a raiz das palavras espanholas «flexibilidad» ou «flexible» e será, enquanto tal, a expressão mais curta que permite evocar esta característica.
- 25 O recorrente alega que sendo a flexibilidade uma qualidade essencial de qualquer produto de mobiliário de cama, marcas comunitárias muito numerosas, internacionais ou simplesmente espanholas, utilizam o termo «flex» para designar este tipo de produto.

26 Assim, o termo «flex», evocador da qualidade de flexibilidade, será usual, na medida em que surge em numerosas marcas. O recorrente afirma que a característica distintiva das marcas anteriores não pode residir no elemento usual, mesmo sendo este último dominante. Salaria que não pode razoavelmente concluir-se pelo risco de confusão entre duas marcas quando a semelhança entre estas marcas se limita à presença de um elemento comum e usual. Conclui que, dado que a Câmara de Recurso só pôde encontrar uma semelhança entre as marcas no que respeita à presença comum do sinal nominativo «flex», termo usual para designar produtos de mobiliário de cama, não existe qualquer risco de confusão entre as marcas anteriores e a marca requerida.

27 Em terceiro e último lugar, o recorrente, por um lado, salienta que a decisão impugnada não põe em causa a conclusão a que chegou a Divisão de Oposição de que a interveniente não fez qualquer prova da notoriedade das marcas anteriores e, por outro lado, afirma que estas últimas foram cedidas à sociedade de direito espanhol Flex Equipos De Descanso, SA, a qual, portanto, será a actual titular das referidas marcas.

28 O IHMI alega que os novos documentos apresentados pelo recorrente ao Tribunal para demonstrar a falta de carácter distintivo do termo «flex» não podem ser tomados em consideração pelo órgão jurisdicional em conformidade com a jurisprudência decorrente do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2002, eCopy/IHMI (ECOPY) (T-247/01, Colect., p. II-5301). A isto acresce, mesmo supondo que estes documentos pudessem ser tomados em consideração pelo Tribunal, que não bastariam para demonstrar que o termo «flex» era utilizado na data da apresentação do pedido de marca comunitária, no mercado espanhol, por outras empresas a respeito de móveis, e designadamente de móveis de cama, e, por conseguinte, era considerado pelos consumidores totalmente desprovido de carácter distintivo.

29 O IHMI também sustenta que foi correctamente que, tendo em conta a identidade dos produtos em causa e a semelhança dos sinais em questão, a Câmara de

Recurso concluiu pela existência do risco de confusão, incluindo o risco de associação, no território do qual estão protegidas as marcas anteriores, isto é, a Espanha.

- 30 A título liminar, a interveniente requer ao Tribunal que não tome em consideração os documentos juntos em anexo à petição e destinados a estabelecer a falta de carácter distintivo do termo «flex», tendo os referidos documentos sido agora apresentados pela primeira vez ao Tribunal, que não tem por missão retomar o processo de oposição. Além disso, a interveniente afirma que o sinal nominativo «flex» é perfeitamente distintivo em si mesmo.
- 31 A interveniente defende que os sinais em causa devem ser considerados semelhantes em razão da total identidade visual, fonética e conceptual dos dois elementos nominativos, comuns aos dois sinais e plenamente distintivos, ou seja, os termos «flex». O risco de confusão será reforçado pela falta de significação dos sinais em causa e pela notoriedade em Espanha das marcas anteriores, como resultará dos documentos juntos em anexo às alegações de resposta da interveniente.
- 32 Por último, a menção, no Regulamento n.º 40/94, do risco de associação com as marcas anteriores permite afirmar, segundo a interveniente, que é possível invocar o risco de confusão em casos nos quais o público não confunde necessariamente duas marcas, mas apenas alguns elementos constitutivos destas. Assim, haverá risco de associação quando o público apreenda o elemento constitutivo comum a dois sinais como uma referência ao proprietário da marca mais antiga. A interveniente defende que o público tende a crer que o elemento acrescentado ao elemento constitutivo principal, comum aos dois sinais em causa, tem por função diferenciar um determinado produto da linha dos produtos identificados por este elemento principal e que todos os produtos provêm da mesma sociedade. No caso em apreço, o público será levado a apreender CONFORFLEX como sendo uma outra marca da sociedade que distribui os produtos identificados pela marca FLEX.

Apreciação do Tribunal

Observações liminares

- 33 Tanto na sua petição como na audiência, o recorrente afirmou que a interveniente já não é titular das marcas anteriores, que terão sido cedidas a outra sociedade de direito espanhol. Para além do facto de esta afirmação não ser comprovada por qualquer documento e não ser confirmada pelo IHMI, ao qual não foi notificada uma cessão das marcas anteriores, há que salientar que a interveniente se intitula titular das referidas marcas nas suas alegações de resposta e que a sua denominação social figura expressamente na decisão impugnada. Nestas condições e tendo em conta o teor do artigo 134.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a sociedade Fabricas Lucia Antonio Betere deve ser considerada parte interveniente no presente processo.

Quanto ao pedido para que seja recusada a marca requerida

- 34 Com o segundo pedido formulado ao Tribunal, a interveniente pretende, essencialmente, que o Tribunal ordene ao IHMI que recuse o registo da marca requerida.
- 35 A este respeito, há que recordar que, em conformidade com o disposto no artigo 63.º, n.º 6, do Regulamento n.º 40/94, o IHMI deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do tribunal comunitário. Por isso, não cabe ao Tribunal de Primeira Instância dirigir injunções ao Instituto. Incumbe a este tirar as consequências do dispositivo e dos fundamentos do acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância. Por conseguinte, o segundo pedido da interveniente é inadmissível [acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 31 de Janeiro de 2001, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld/IHMI (Giroform), T-331/99, Colect., p. II-433, n.º 33, e de 27 de Fevereiro de 2002, Eurocool Logistik/IHMI (EUROCOOL), T-34/00, Colect., p. II-683, n.º 12].

Quanto ao pedido de anulação da decisão impugnada

- 36 Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, após oposição do titular de uma marca anterior, o pedido de registo de marca será recusado «[q]uando, devido à sua identidade ou semelhança com a marca anterior e devido à identidade ou semelhança dos produtos ou serviços designados pelas duas marcas, exista risco de confusão no espírito do público do território onde a marca anterior está protegida; o risco de confusão compreende o risco de associação com a marca anterior». Além disso, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, alínea a), subalínea ii), do Regulamento n.º 40/94, são consideradas marcas anteriores as marcas registadas num Estado-Membro, cuja data de depósito seja anterior ao do pedido de marca comunitária.
- 37 Há que salientar que o risco de confusão no espírito do público, que condiciona a aplicação do referido artigo e que se define como o risco de que o público possa crer que os produtos ou serviços em causa provêm da mesma empresa ou, eventualmente, de empresas ligadas economicamente [acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 1998, Canon, C-39/97, Colect., p. I-5507, n.º 29; acórdão Lloyd Schuhfabrik Meyer, já referido, n.º 17; e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Outubro de 2002, Oberhauser/IHMI - Petit Liberto (Fifties), T-104/01, Colect., p. II-4359, n.º 25], deve ser apreciado globalmente, atentos todos os factores relevantes do caso em apreço (acórdãos Canon, já referido, n.º 16, Lloyd Schuhfabrik Meyer, já referido, n.º 18, e Fifties, já referido, n.º 26).
- 38 Esta apreciação global implica uma certa interdependência entre os factores tomados em conta e, nomeadamente, a semelhança das marcas e a dos produtos ou serviços designados. Assim, um reduzido grau de semelhança entre os produtos ou serviços designados pode ser compensado por um elevado grau de semelhança entre as marcas e inversamente (acórdãos Canon, já referido, n.º 17, Lloyd Schuhfabrik Meyer, já referido, n.º 19, e Fifties, já referido, n.º 27).

- 39 Além disso, a percepção das marcas que tem o consumidor médio dos produtos ou serviços em causa desempenha um papel determinante na apreciação global do risco de confusão. No caso em apreço, dada a natureza dos produtos em questão, isto é, artigos de mobiliário de cama, que são produtos de consumo corrente, e o facto das marcas anteriores estarem registadas e protegidas em Espanha, o público relevante relativamente ao qual deve ser analisado o risco de confusão é constituído pelo consumidor médio deste Estado-Membro. Ora, o consumidor médio, que é suposto estar normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, apreende em princípio uma marca como um todo e não procede a uma análise das suas diferentes particularidades (acórdãos Sabel, já referido, n.º 23; Lloyd Schuhfabrik Meyer, já referido, n.º 25; e Fifties, já referido, n.º 28). Por outro lado, há que ter 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 não perfeita que conservou na memória, e que o seu nível de atenção é susceptível de variar em função da categoria de produtos ou de serviços em causa (acórdãos Lloyd Schuhfabrik Meyer, já referido, n.º 26, e Fifties, já referido, n.º 28).
- 40 À luz das considerações que antecedem, há que proceder à comparação, por um lado, dos produtos em causa e, por outro, dos sinais em conflito.
- 41 Em primeiro lugar, no que diz respeito à comparação dos produtos, é forçoso considerar que os produtos a que se refere a marca requerida, ou seja, «móveis de cama», que se inserem na classe 20, fazem parte da categoria muito ampla dos produtos abrangidos pelas marcas anteriores e que se inserem na mesma classe. Esta última família de produtos abrange todo o tipo de móveis, incluídos os artigos para mobiliário de cama.
- 42 Logo, há que concluir, como a Câmara de Recurso (ponto 14 da decisão impugnada), que os produtos a que se refere a marca requerida e os cobertos pelas marcas anteriores são idênticos. Há ainda que observar que o recorrente não avança qualquer argumento na petição que ponha em causa esta conclusão da Câmara de Recurso.

- 43 Em segundo lugar e no que se refere à comparação dos sinais, resulta da jurisprudência que a apreciação global do risco de confusão deve, no que respeita à semelhança visual, fonética ou conceptual das marcas em causa, basear-se na impressão de conjunto produzida por estas, atendendo, em especial, aos seus elementos distintivos e dominantes (acórdãos SABEL, já referido, n.º 23, e Lloyd Schuhfabrik Meyer, já referido, n.º 25).
- 44 Na decisão impugnada, a Câmara de Recurso salientou o carácter preponderante do elemento nominativo das marcas anteriores (ponto 13) e considerou que os sinais em conflito apresentam fortes semelhanças conceptuais, que se sobrepõem às diferenças, visual e fonética, mencionadas na decisão da Divisão de Oposição (ponto 19).
- 45 A este respeito, há que salientar que o termo «flex» surge realmente, no caso em apreço, como o elemento dominante na impressão de conjunto produzida pelas marcas anteriores. É óbvio que o componente nominativo, elemento identificador por excelência das marcas no espírito do público, domina a parte figurativa, que é negligenciável e mesmo insignificante no que respeita à marca registada com o número 1 951 681. Há, além disso, que recordar que o consumidor médio só conserva na memória uma imagem imperfeita da marca, o que reforça o peso dos elementos particularmente visíveis e simples de apreensão como o termo «flex» no presente caso, que constitui a raiz das palavras espanholas «flexibilidad» e «flexible».
- 46 A comparação entre o elemento nominativo dominante das marcas anteriores e a marca nominativa requerida evidencia uma determinada semelhança visual entre ambas (acórdão Fifties, já referido, n.º 37). Com efeito, a diferença provocada pelo acréscimo do elemento nominativo «confor» na marca requerida não é suficientemente importante para afastar qualquer semelhança criada pela coincidência da parte essencial, a saber, o termo «flex». Contudo, a presença de elementos figurativos nas marcas anteriores, embora de pouca importância, evidencia, no âmbito da apreciação visual de um conjunto de sinais em conflito, uma falta de semelhança entre estes.

- 47 No que toca à comparação fonética, tendo em conta as considerações anteriormente evocadas no que respeita à coincidência entre o elemento dominante das marcas anteriores e a marca requerida, os sinais em conflito apresentam uma certa semelhança no plano fonético. O acrescento do termo «confor» ao termo «flex» na marca requerida evidencia, todavia, no quadro de uma apreciação global dos sinais em conflito, uma falta de semelhança entre estes.
- 48 No que toca à comparação conceptual, há que recordar que o elemento nominativo dos sinais em conflito, ou seja o termo «flex», constitui a raiz das palavras espanholas «flexibilidad» e «flexible». Assim, conclui-se que os referidos sinais concordam no seu conteúdo semântico, no sentido de que sugerem claramente aos consumidores espanhóis a noção de flexibilidade. O acrescento do termo «confor» ao termo «flex» na marca requerida serve apenas para completar e reforçar o referido conceito. Com efeito e como acertadamente salienta o IHMI, o elemento nominativo «confor» faz manifestamente referência ao conceito de conforto, que está associado ao conceito de flexibilidade no domínio do mobiliário de cama. Esta conclusão permite julgar assente a existência de uma forte semelhança conceptual entre os sinais em causa.
- 49 Decorre das precedentes considerações que os produtos designados pelos sinais em causa são idênticos e que estes últimos apresentam uma forte semelhança conceptual.
- 50 Nesta fase, há que referir que, no âmbito da análise do risco de confusão, o recorrente e a interveniente invocaram nas suas alegações escritas a questão da importância do carácter distintivo das marcas anteriores, remetendo ambos para o acórdão SABEL, já referido. Com efeito, decorre deste acórdão, bem como dos acórdãos Lloyd Schuhfabrik Meyer e Canon, já referidos, que o carácter distintivo da marca anterior, quer decorra das qualidades intrínsecas desta marca quer da sua notoriedade, deve ser tomado em consideração para apreciar se a semelhança entre os produtos ou os serviços designados pelas duas marcas basta para que surja um risco de confusão (acórdãos Canon, já referido, n.^{os} 18 e 24, e Lloyd Schuhfabrik Meyer, já referido, n.^o 20). Além disso, o Tribunal de Justiça

considerou que, sendo o risco de confusão tanto mais elevado quanto o carácter distintivo da marca anterior se reconhece como importante (acórdão SABEL, já referido, n.º 24), as marcas que tenham um carácter distintivo elevado, intrinsecamente ou em razão do conhecimento destas no mercado, gozam de uma protecção mais ampla do que aquelas cujo carácter distintivo é mais reduzido (v. acórdãos Canon, já referido, n.º 18, e Lloyd Schuhfabrik Meyer, já referido, n.º 20).

- 51 No caso em apreço, o recorrente sustenta que a coexistência no mercado espanhol de numerosas marcas nacionais e comunitárias, registadas para produtos de mobiliário de cama e que comportam o termo «flex», demonstra que este último é usual e não pode, portanto, assegurar a função de origem comercial. Limitando-se a semelhança entre os sinais em causa à presença de um elemento comum e usual, não poderá haver risco de confusão entre os referidos sinais. A interveniente afirma, por seu turno, que as marcas anteriores gozam de uma grande notoriedade em Espanha.
- 52 Como prova das suas afirmações, o recorrente apresenta um conjunto de documentos que comunicam registos espanhóis ou comunitários referentes a certos artigos de mobiliário de cama e que comportam o termo «flex». Todavia, está assente que estes documentos foram invocados pela primeira vez perante o Tribunal e, portanto, não podem ser tidos em conta para os debates, não sendo necessário examinar a respectiva força probatória [v, neste sentido, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 4 de Novembro de 2003, Díaz/IHMI — Granjas Castelló (CASTILLO), T-85/02, Colect., p. II-4835, n.º 46; ECOPY, já referido, n.ºs 45 a 48; e de 5 de Março de 2003, Alcon/IHMI — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), T-237/01, Colect., p. II-411, n.º 62]. Impõe-se a mesma solução no que respeita aos documentos apresentados pela primeira vez perante o Tribunal de Primeira Instância pela interveniente para demonstrar a notoriedade das suas marcas em Espanha. Nestas circunstâncias, há que rejeitar tanto a argumentação do recorrente sobre o carácter usual do elemento nominativo comum aos dois sinais em causa como a da interveniente no que respeita à notoriedade das marcas anteriores.

- 53 Resta que, na sua argumentação relativa ao grau de distinção das marcas anteriores, o recorrente, remetendo para o acórdão Lloyd Schuhfabrik Meyer, já referido (n.ºs 22 e 23), sustentou também que o termo «flex» descreve uma qualidade essencial de qualquer produto de mobiliário de cama, isto é, a flexibilidade, e que, portanto, não pode ser considerado distintivo.
- 54 Em resposta a este argumento do recorrente, a Câmara de Recurso indicou que, sendo embora possível que o termo «flex» seja evocador, as marcas anteriores que o contêm foram validamente registadas em associação com uma figura pelas autoridades de um Estado-Membro e, por conseguinte, gozam de direitos exclusivos que podem ser opostos a qualquer terceiro (ponto 17 da decisão impugnada).
- 55 Com excepção do reconhecimento do carácter evocador do termo «flex», esta fundamentação está desprovida de qualquer relevância. Resulta tanto do artigo 8.º do Regulamento n.º 40/94 como da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nos termos da qual a protecção de uma marca «registada» depende da existência de um risco de confusão (acórdão Canon, já referido, n.º 18), que o registo nacional prévio permite ao seu beneficiário deduzir, eventualmente, oposição ao pedido de registo de um sinal susceptível de levantar um risco de confusão no espírito do público, mas que, por si só, não tem influência sobre a apreciação da existência deste risco. Há ainda que especificar que a presente análise não se destina a pôr em causa o registo nacional das marcas anteriores, mas unicamente a verificar se têm um fraco ou forte carácter distintivo.
- 56 É certo que o termo «flex» pode efectivamente ser considerado, do ponto de vista do público em causa, evocador de uma característica, ou seja, a flexibilidade, dos produtos em causa, não apresentando as marcas anteriores, por essa razão, elevado carácter distintivo, o que o IHMI admitiu na audiência.

- 57 Todavia, a errada apreciação da Câmara de Recurso que consta do ponto 17 da decisão impugnada não tem incidência para a solução do litígio, mantendo-se perfeitamente bem fundada a conclusão da existência de um risco de confusão [v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Janeiro de 2003, *Mystery Drinks/IHMI – Karlsberg Brauerei (MYSTERY)*, T-99/01, *Colect.*, p. II-43, n.º 36].
- 58 Com efeito, há que considerar que, tendo em conta a interdependência dos factores pertinentes para apreciação do risco de confusão, a identidade dos produtos designados associada à forte semelhança conceptual dos sinais em conflito basta para concluir, no caso em apreço, pela existência deste risco.
- 59 A este respeito, há que salientar que, no quadro da apreciação global do risco de confusão, o facto de o consumidor médio só conservar na memória uma imagem imperfeita da marca confere uma importância maior ao elemento predominante da referida marca. Assim, o elemento nominativo dominante «flex» das marcas anteriores assume uma importância maior na análise de conjunto das referidas marcas, pois que o consumidor que observa uma etiqueta de um produto de mobiliário de cama tem em consideração e fixa o elemento nominativo predominante do sinal que lhe permita, no caso de uma aquisição posterior, repetir a experiência (v., neste sentido, acórdão *Fifties*, já referido, n.º 47).
- 60 Ora, dado que o consumidor médio retém sobretudo no espírito o elemento nominativo predominante das marcas anteriores, ou seja, o termo «flex», quando encontre os produtos de mobiliário de cama idênticos designados pela marca CONFORFLEX poderá atribuir a mesma origem comercial aos produtos em questão. Para além do facto de os sinais em conflito concordarem perfeitamente no seu conteúdo semântico, há sobretudo que salientar que o termo «confor», aplicado a móveis de cama, pode objectivamente ser considerado descritivo de uma qualidade essencial dos produtos em causa, no caso em apreço, o conforto, e, portanto, desprovido de carácter distintivo. Nestas circunstâncias, o acrescento do

termo «confor» ao termo «flex» na marca requerida não permitirá que os consumidores distingam suficientemente os sinais em conflito. Por conseguinte, mesmo se o consumidor médio é capaz de apreender determinadas diferenças visuais ou fonéticas entre os dois sinais em conflito, que, de resto, são em grande medida neutralizadas pela forte semelhança conceptual dos referidos sinais, o risco de estabelecer umnexo entre estas últimas é bem real (v., neste sentido, acórdão Fifties, já referido, n.º 48).

- 61 Ao que acresce que é manifestamente possível que uma empresa, activa no mercado dos produtos de mobiliário de cama, utilize submarcas, ou seja, sinais que derivam de uma marca principal e partilham com ela um elemento dominante comum, para distinguir as suas diferentes linhas de produção, no que toca, designadamente, à qualidade dos produtos em causa. Nestas condições, é concebível que o público-alvo considere que os produtos designados pelos sinais em conflito pertencem, é certo, a duas gamas de produtos distintos, mas provêm, contudo, da mesma empresa (v., neste sentido, acórdão Fifties, já referido, n.º 49).
- 62 Resulta do que antecede que a Câmara de Recurso concluiu correctamente pela existência de um risco de confusão entre a marca requerida e as marcas anteriores nos termos do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94. Deve, por isso, ser negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

- 63 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se tal tiver sido requerido. Tendo o recorrente sido vencido, há que condená-lo nas despesas do IHMI e da interveniente, em conformidade com os pedidos destes últimos.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quarta Secção)

decide:

- 1) É negado provimento ao recurso.
- 2) O recorrente é condenado nas despesas.

Legal

Tiili

Vilaras

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 18 de Fevereiro de 2004.

O secretário

H. Jung

O presidente

H. Legal