ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

24 de Novembro de 2005 *

No processo T-3/04,

Simonds Farsons Cisk plc, com sede em Mriehel (Malta), representada por M. Bagnall, I. Wood, solicitor, e R. Hacon, barrister,

recorrente,

contra

Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI), representado por A. Folliard-Monguiral, na qualidade de agente,

recorrido,

sendo a outra parte no processo na Câmara de Recurso do IHMI, interveniente no Tribunal de Primeira Instância,

* Língua do processo: inglês.

Spa Monopole, compagnie fermière de Spa SA/NV, com sede em Spa (Bélgica), representada por L. de Brouwer, E. Cornu, É. De Gryse e D. Moreau, avocats,

que tem por objecto um recurso interposto da decisão da Primeira Câmara de Recurso do IHMI de 4 de Novembro de 2003 (processo R 996/2002-1), relativa a um procedimento de oposição entre a Simonds Farsons Cisk plc e a Spa Monopole, compagnie fermière de Spa SA/NV,

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

composto por: M. Vilaras, presidente, M. E. Martins Ribeiro e K. Jürimäe, juízes,

secretário: B. Pastor, secretária adjunta,

vista a petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 6 de Janeiro de 2004,

vista a contestação apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 15 de Abril de 2004,

vistas as alegações da interveniente apresentadas na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância 19 de Abril de 2004,

após a audiência de 22 de Fevereiro de 2005,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

1 Em 16 de Junho de 2000, a interveniente apresentou um pedido de registo de marca comunitária no 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 as alterações que lhe foram introduzidas.

2 A marca cujo registo foi pedido é o sinal figurativo a seguir reproduzido:



Os produtos para os quais foi pedido o registo da marca fazem parte das classes 29 e 32, na acepção do Acordo de Nice relativo à Classificação Internacional dos Produtos e dos Serviços para o registo de marcas, de 15 de Junho de 1957, tal como

revisto e alterado, e correspondem, relativamente a cada uma dessas classes, à seguinte descrição:

— classe 29: «Polpas de frutos»;

— classe 32: «Águas minerais e gasosas e outras bebidas não alcoólicas contendo sumos de fruta; bebidas de frutas não alcoólicas; extractos de frutos sem álcool, sumos de fruta, xaropes e outras preparações à base de frutas, de extractos de frutas ou de polpas de frutos para fazer bebidas».

3 O pedido foi publicado no *Boletim das Marcas Comunitárias* n.º 6/2001, de 8 de Janeiro de 2001.

4 Em 30 de Janeiro de 2001, ao abrigo do artigo 42.º do Regulamento n.º 40/94, a recorrente deduziu oposição ao registo da marca comunitária pedida. A oposição fundamentava-se na existência da marca comunitária n.º 427237, constituída pelo sinal nominativo KINNIE (a seguir «marca anterior»), pedida em 25 de Novembro de 1996 e registada em 7 de Abril de 1999. Os produtos dessa marca são da classe 32 na acepção do Acordo de Nice e correspondem à seguinte descrição: «bebidas não-alcoólicas e outras preparações para bebidas».

5 A oposição foi deduzida relativamente a todos os produtos a que se referia o pedido de marca. O fundamento invocado para a oposição foi o referido no artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94.

6 Pela decisão n.º 2880/2002, de 27 de Setembro de 2002, a Divisão de Oposição do IHMI considerou a oposição procedente por existir risco de confusão entre a marca pedida e a marca anterior no espírito do público da União Europeia devido, por um lado, à semelhança dos sinais e, por outro, à identidade ou grande semelhança dos produtos em causa.

7 Em 27 de Novembro de 2002, a interveniente interpôs recurso no IHMI da decisão da Divisão de Oposição, nos termos dos artigos 57.º a 62.º do Regulamento n.º 40/94.

8 Por decisão de 4 de Novembro de 2003, na versão corrigida pela rectificação de 10 de Novembro de 2003 (a seguir «decisão impugnada»), a Primeira Câmara de Recurso anulou a decisão da Divisão de Oposição. No essencial, a Câmara de Recurso considerou que, apesar de os produtos em causa serem idênticos ou praticamente idênticos, os sinais em conflito eram visual, fonética e conceptualmente diferentes, excluindo essa diferença qualquer risco de confusão.

Pedidos das partes

9 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— confirmar a decisão da Divisão de Oposição n.º 2880/2002, de 27 de Setembro de 2002;

— ordenar ao IHMI que indefira o pedido de marca comunitária da interveniente;

— condenar o IHMI e/ou a interveniente a suportar as despesas do procedimento de oposição, do processo na Câmara de Recurso e do presente processo.

10 O IHMI conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— declarar o quarto pedido da recorrente inadmissível na medida em que pretende obter do Tribunal uma decisão que condene o IHMI nas despesas do procedimento de oposição;

— negar provimento ao recurso quanto ao demais;

— condenar a recorrente nas despesas.

11 A interveniente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

Quanto à admissibilidade

12 Nos segundo e terceiro pedidos, a recorrente pretende que o Tribunal confirme a decisão n.º 2880/2002 da Divisão de Oposição e ordene ao IHMI que indefira o pedido de marca comunitária da interveniente.

13 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 ordenar ao IHMI um comportamento. Incumbe a este retirar as consequências do dispositivo e dos fundamentos do presente acórdão. Os segundo e terceiro pedidos da recorrente são, portanto, inadmissíveis [acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 1999, Procter & Gamble/IHMI (BABY-DRY), T-163/98, Colect., p. II-2383, n.º 53 e de 27 de Fevereiro de 2002, Eurocool Logistik/ /IHMI (EUROCOOL), T-34/00, Colect., p. II-683, n.º 12].

Quanto ao mérito

14 A recorrente invoca dois fundamentos em apoio do seu pedido de anulação, relativos à violação, respectivamente, do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), e do artigo 73.º do Regulamento n.º 40/94.

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94

— Argumentos das partes

15 Em primeiro lugar, a recorrente alega que a Câmara de Recurso não deu a importância suficiente às semelhanças fonéticas e visuais entre os sinais em causa. Além disso, considera que, dado que os sinais em questão são desprovidos de sentido, não é possível nenhuma comparação conceptual entre eles.

16 No que diz respeito à comparação fonética, a recorrente afirma que as expressões «kinnie» e «kinji» são pronunciadas de modo muito semelhante em certas línguas comunitárias. Com efeito, em sueco, em dinamarquês e em neerlandês, a letra «j» é pronunciada exactamente como a letra «y» em inglês. Segundo a recorrente, contrariamente ao que afirma a Câmara de Recurso, os sinais são, pois, semelhantes no plano fonético.

17 No que diz respeito à comparação visual, a recorrente alega que, quando um sinal se compõe simultaneamente de elementos nominativos e figurativos, deve considerar-se o elemento nominativo o elemento dominante. Acrescenta que a Câmara de Recurso cometeu um erro ao considerar que não existia grande semelhança entre os elementos nominativos dos sinais, com excepção das primeiras letras «kin». Segundo afirma, as outras letras dos dois elementos nominativos «kinji» e «kinnie» têm formas semelhantes. Mais alega que, mesmo no que diz respeito à comparação visual, não se pode ignorar a forma como as palavras são pronunciadas. Assim, perante os dois sinais, o consumidor médio, em particular o que fala sueco, dinamarquês ou neerlandês, recorda vagamente, no plano fonético, os nomes dos produtos, mas não recorda a forma das letras utilizadas para escrever esses nomes. Enquanto tais, os sinais KINJI e KINNIE apresentam, pois, uma semelhança muito significativa, mesmo no plano visual.

18 Além disso, a recorrente censura à Câmara de Recurso o facto de ter concedido demasiada importância a certos aspectos gráficos da marca cujo registo foi pedido, tais como o símbolo do guaxinim e o grafismo em forma de troncos de bambu utilizado para escrever o elemento nominativo «kinji». A Câmara de Recurso, segundo a recorrente, também violou a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual, numa marca figurativa, é à palavra que se deve conceder maior importância. Além disso, a recorrente considera que a inscrição «by SPA» passa despercebida para a maioria dos consumidores.

19 Por outro lado, a recorrente censura à Câmara de Recurso não ter dado a devida importância ao facto de, por um lado, os produtos serem idênticos ou muito semelhantes e, por outro, a marca anterior possuir um carácter distintivo muito elevado, sendo um nome puramente inventado.

20 Relativamente à apreciação do risco de confusão, a recorrente alega que a Câmara de Recurso fundamentou erradamente a decisão impugnada na premissa de que o consumidor em causa adquirirá provavelmente os produtos em questão em supermercados ou outros estabelecimentos de venda a retalho, onde estará em condições de controlar visualmente os produtos e respectivas marcas antes de os comprar. Segundo a recorrente, os ditos produtos são geralmente vendidos ou em estabelecimentos de venda a retalho ou em bares ou restaurantes.

21 Quanto às vendas efectuadas em bares e restaurantes, a recorrente refere que, contrariamente ao que afirma a Câmara de Recurso, normalmente, os consumidores pedem os produtos oralmente, designando-os pela sua marca, e é possível que as bebidas sejam vendidas sem que os mesmos consumidores cheguem a ver a respectiva marca. Baseando-se no acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer (C-342/97, Colect., p. I-3819, n.º 28), a recorrente defende que não se pode excluir que a mera semelhança fonética das marcas possa criar um risco de confusão.

22 Quanto às vendas nos supermercados, a recorrente alega que, apesar de o consumidor médio ter a possibilidade de examinar os produtos, a Câmara de Recurso não levou em conta o facto de o consumidor médio só raramente ter a possibilidade de fazer uma comparação directa entre as diferentes marcas e dever confiar na imagem imperfeita que delas conservou na memória.

23 O IHMI não nega que os produtos em causa no caso em apreço sejam idênticos ou muito semelhantes, mas alega que as diferenças visuais e conceptuais entre os sinais afastam qualquer risco de confusão.

24 No que diz respeito ao aspecto visual dos sinais, o IHMI observa que são diferentes pelas razões expostas na decisão impugnada.

25 Relativamente à comparação conceptual dos sinais em causa, o IHMI afirma que o elemento figurativo da marca cujo registo foi pedido e o grafismo em forma de bambu utilizado para a expressão «kinji» são elementos distintivos que veiculam a ideia de uma personagem de desenhos animados exótica, ou seja, um guaxinim com o mesmo nome. É provavelmente esta associação que chega à percepção do consumidor, quando, pelo contrário, a marca anterior não possuía qualquer significado. Segundo o IHMI, o facto de uma das marcas em causa ter um conteúdo semântico ao passo que a outra o não tem é suficiente para concluir que os sinais são conceptualmente diferentes.

26 Relativamente à comparação fonética, o IHMI reconhece que, contrariamente ao que a Câmara de Recurso concluiu na decisão impugnada, o público de certos Estados-Membros pode detectar uma semelhança fonética entre as marcas em conflito. O IHMI acrescenta, no entanto, que esse elemento não é suficiente para ferir a decisão impugnada de ilegalidade, uma vez que o grau de semelhança fonética entre os sinais é neutralizado pelas suas diferenças visuais e conceptuais, de tal modo que não existe nenhum risco de confusão mesmo admitindo que a marca anterior seja dotada do mais alto carácter distintivo possível.

27 A esse título, o IHMI sustenta que o grau de semelhança fonética entre as duas marcas se reveste de menor importância no caso de produtos comercializados de tal modo que, no momento da compra, o público em causa, habitualmente, tem a percepção visual da marca. É o caso dos produtos da recorrente.

28 O IHMI pretende que, mesmo nos bares e restaurantes, as garrafas estão geralmente expostas nas prateleiras atrás do balcão de modo a que os consumidores estejam em condições de os examinar. Acresce que, embora os bares e restaurantes não sejam circuitos de distribuição de valor insignificante para a venda de bebidas não alcoólicas que contêm sumos de fruta, esses circuitos são sempre insignificantes em termos de volume de vendas em relação às vendas efectuadas nos supermercados.

29 A interveniente retoma, no essencial, os argumentos expostos pela Câmara de Recurso na decisão impugnada. Alega que as marcas em conflito são visual, fonética e conceptualmente diferentes.

30 Quanto à comparação visual, a interveniente acrescenta que, tendo em conta a reputação da sua marca nos países do Benelux, as expressões «by SPA» chamam a atenção dos consumidores e excluem todo o risco de confusão relativamente à origem dos produtos em questão.

31 No que diz respeito à comparação fonética, a interveniente alega que, mesmo nos países em que a letra «j» se pronuncia como a letra «y» em inglês, a sílaba tónica da marca nominativa KINNIE é a última, o que faz com que seja pronunciada de modo suficientemente diferente para distinguir, no plano fonético, os sinais em causa.

— Apreciação do Tribunal

32 Nos termos do artigo 8.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, após oposição do titular de uma marca anterior, o pedido de registo de marca será recusado «quando, 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».

33 De acordo com jurisprudência assente, constitui risco de confusão 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. Segundo esta mesma jurisprudência, o risco de confusão deve ser apreciado globalmente, de acordo com a percepção que o público pertinente tem dos sinais e dos produtos ou serviços em causa, atentos todos os factores relevantes do caso. Esta apreciação global implica uma certa interdependência entre os factores tomados em conta, 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 [v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 2003, Laboratórios RTB/IHMI — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BERVERLY HILLS), T-162/01, Colect., p. II-2821, n.^{os} 30 a 33, e jurisprudência aí referida].

34 No caso em apreço, há que observar que, dado que a marca anterior é uma marca comunitária, o território a levar em conta para apreciar o risco de confusão é o de toda a Comunidade Europeia.

35 Por outro lado, dado que os produtos em causa são produtos de consumo corrente, o público-alvo é composto por consumidores europeus médios, normalmente informados e razoavelmente atentos e avisados.

36 À luz das precedentes considerações, há que proceder à comparação, por um lado, dos produtos em causa e, por outro, dos sinais em conflito.

37 No que diz respeito à comparação dos produtos, há que observar, o que não é contestado pelas partes, que os produtos visados pela marca cujo registo foi pedido e os produtos designados pela marca anterior são ou similares ou idênticos.

38 No que toca à comparação dos sinais, decorre 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 por estas produzida, atendendo, em especial, aos seus elementos distintivos e dominantes (acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1997, SABEL, C-251/95, Colect., p. I-6191, n.° 23, e Lloyd Schuhfabrik Meyer, já referido, n.° 25).

39 Há, assim, que comparar os sinais em conflito no presente caso nos planos visual, fonético e conceptual.

40 Quanto à comparação visual, a Câmara de Recurso considerou que o elemento nominativo forte «kinji» e os elementos gráficos e textuais adicionais da marca cujo registo foi pedido permitem distinguir visualmente as duas marcas (n.º 18 da decisão impugnada).

41 A este respeito, há que observar que a marca cujo registo foi pedido é constituída por um sinal complexo composto de elementos figurativos e nominativos. Esse sinal complexo contém a expressão «kinji» escrita em negrito e estilizada em forma de bambu com, por baixo, as expressões «by SPA» em caracteres mais pequenos e, por cima, o elemento figurativo que representa um guaxinim que saltita vestindo uma *tee-shirt* com o nome «kinji». Não se pode deixar de observar que as características gráficas do sinal cujo registo foi pedido, ou seja, a personagem de desenhos animados do guaxinim, a estilização das letras que compõem o elemento nominativo principal e as expressões em pequenos caracteres «by SPA», são especialmente marcantes, atraem o olhar do consumidor e contribuem assim para diferenciar visualmente os dois sinais, como salientou, com pertinência, a Câmara de Recurso (n.º 18 da decisão impugnada).

42 A marca anterior, em contrapartida, é uma marca nominativa desprovida de qualquer carácter gráfico ou figurativo específico.

43 A Câmara de Recurso também observou com razão, no n.º 18 da decisão impugnada, que não existe uma semelhança estreita entre o elemento nominativo forte do sinal da interveniente e o do sinal da recorrente, com excepção das três primeiras letras «kin». Como o IHMI também refere correctamente, os dois elementos nominativos em causa têm comprimentos diferentes, as respectivas terminações «nie» e «ji» são visualmente distintas e a consoante «n» dobrada na marca anterior é especialmente saliente. Acresce que a utilização de caracteres em negrito complexos, em forma de bambu, no grafismo da expressão «kinji», e a inscrição em pequenos caracteres do elemento nominativo «by SPA» acrescentam um elemento de diferenciação visual. Por último, na marca anterior KINNIE, a sílaba

«kin» é seguida da sílaba «nie» de três letras. Contrariamente à sílaba de duas letras «ji» da marca contestada KINJI, a sílaba «nie» cria uma palavra perfeitamente simétrica em que os dois «n» centrais, os dois «i» e as letras «k» e «e» se equilibram perfeitamente entre si. Esta simetria confere à expressão «kinnie» um carácter visual diferente do da expressão «kinji».

44 Consequentemente, a diferença visual entre os dois sinais criada pelo carácter distinto desses dois elementos nominativos é acentuada pela presença, na marca cujo registo foi pedido, dos elementos figurativos específicos, acima referidos no n.º 41.

45 A este respeito, há que referir que, contrariamente ao que alega a recorrente, quando um sinal consiste simultaneamente em elementos figurativos e elementos nominativos, daí não decorre necessariamente que o elemento nominativo deva sempre ser considerado dominante.

46 Com efeito, uma marca complexa só pode ser considerada semelhante a outra marca, idêntica ou análoga a uma das componentes da marca complexa, se essa componente constituir o elemento dominante na impressão de conjunto produzida pela marca complexa. É o que acontece quando tal componente seja susceptível de, por si só, dominar a imagem da referida marca que o público pertinente retém na memória, de tal forma que todas as outras componentes sejam negligenciáveis na impressão de conjunto por ela produzida [acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Outubro de 2002, Matratzen Concord/IHMI — Hukla Germany (MATRATZEN), T-6/01, Colect., p. II-4335, n.º 33).

47 Resulta igualmente da jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância que, num sinal complexo, o elemento figurativo pode ter um lugar equivalente ao elemento nominativo [v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2002, Vedial/IHMI — France Distribution (HUBERT), T-110/01, Colect., p. II-5275, n.º 53].

48 Por outro lado, mesmo em circunstâncias em que as duas marcas em conflito contêm elementos nominativos semelhantes — o que não acontece no caso em apreço — este facto não legitima por si só a conclusão de que existe uma semelhança visual entre os sinais em conflito. A presença, num dos sinais, de elementos figurativos com uma configuração particular e original é susceptível de levar a que a impressão global fornecida por cada sinal seja diferente [v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 2003, Laboratorios RTB/IHMI — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO AIRE), T-156/01, Colect., p. II-2789, n.º 74].

49 No caso vertente, não se pode deixar de observar que o conjunto dos elementos figurativos presentes na marca cujo registo foi pedido constituem inegavelmente uma configuração individual e original, que desempenha um papel importante na percepção visual da marca e permitem diferenciá-la da marca anterior. Por conseguinte, não procede o argumento da recorrente segundo o qual não assiste razão à Câmara de Recurso ao conceder demasiada importância a vários elementos gráficos da marca pedida, bem como aos termos «by SPA» escritos em pequenos caracteres, uma vez que os referidos elementos, segundo a recorrente, têm carácter acessório na percepção visual dos sinais em causa.

50 Resulta das considerações precedentes que a Câmara de Recurso considerou correctamente que as importantes diferenças existentes entre os elementos nominativos das marcas em questão, bem como os elementos figurativos adicionais da marca cujo registo foi pedido, têm por efeito criar uma impressão visual global diferente para cada uma dessas duas marcas.

51 Quanto à comparação conceptual, a Câmara de Recurso considerou que, apesar de nenhum dos elementos nominativos dominantes dos sinais em causa ter um significado conhecido, os elementos gráficos da marca cujo registo foi pedido evocam diversos conceitos, totalmente ausentes no caso da marca anterior (decisão impugnada, n.os 20 e 21).

52 A este respeito, há que observar, com efeito, que nem a expressão «kinnie» nem a expressão «kinji» têm qualquer significado específico e conhecido. No entanto, como a Câmara de Recurso observou e o IHMI e a interveniente sustentam, a marca cujo registo foi pedido é rica, pelo menos nos planos conceptual e visual. A referida marca utiliza um carácter estilizado em forma de bambu para o grafismo do seu principal elemento nominativo e contém um elemento figurativo constituído pela representação antropomórfica de um guaxinim que veste uma *tee-shirt* com a inscrição «kinji». Assim sendo, é provável que esses elementos criem no espírito de quem os percepciona a ideia de que a marca e os produtos em questão têm uma relação com a natureza e com a vida selvagem.

53 Como o Tribunal decidiu no acórdão HUBERT, já referido, «para verificar a existência de uma semelhança conceptual entre as marcas em causa, basta comprovar se o público-alvo irá estabelecer diferenças entre os conceitos evocados para cada sinal» (acórdão HUBERT, já referido, n.º 58). Por conseguinte, uma vez que, no caso em apreço, a marca nominativa anterior não veicula o mínimo sentido e que, ao invés, o poder evocativo da marca cujo registo foi pedido se afigura suficientemente vincado para chegar à percepção dos consumidores, há que considerar que não existe uma semelhança conceptual entre as marcas em conflito.

54 No que diz respeito à comparação fonética, é incontestável, como aliás o IHMI expressamente admitiu, que, ao contrário do que a Câmara de Recurso declarou na

decisão impugnada (n.º 19), o público de certos Estados-Membros pode detectar uma semelhança fonética entre as marcas em conflito. Com efeito, em sueco, em dinamarquês e em neerlandês, por exemplo, a letra «j» é pronunciada como a letra «y» en inglês. Por conseguinte, em conformidade com as regras de pronúncia de determinadas línguas europeias, a marca cujo registo foi pedido pronuncia-se «kinyi». Embora esta semelhança apenas exista relativamente a um número reduzido de Estados-Membros, não se pode deixar de observar que as marcas em conflito são, pelo menos nesses Estados-Membros, semelhantes no plano fonético.

55 No que diz respeito à apreciação global do risco de confusão entre os sinais em causa, foi observado que as marcas em conflito apresentam diferenças significativas nos planos visual e conceptual. No caso em apreço, há que considerar que essas diferenças visuais e conceptuais neutralizam claramente a sua semelhança fonética.

56 Com efeito, como o IHMI correctamente observou, o grau de semelhança fonética entre duas marcas tem uma importância reduzida no caso de produtos comercializados de tal modo que habitualmente o público pertinente, no momento da compra, apreende visualmente a marca que os designa [v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Outubro de 2003, Phillips-Van Heusen/ /IHMI — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), T-292/01, Colect., p. II-4335, n.º 55].

57 Ora, contrariamente ao que alega a recorrente, é o que acontece no caso em apreço. Com efeito, há que observar que a recorrente não apresentou qualquer prova destinada a demonstrar que os seus produtos são normalmente vendidos de tal modo que o público não apreende visualmente a marca. A recorrente alega simplesmente que uma das redes de venda tradicionais é constituída por bares e restaurantes, nos quais o consumidor pede os produtos oralmente dirigindo-se a um empregado sem, em momento algum, visualizar a marca em causa.

58 A este respeito, há que observar que, como o IHMI referiu muito acertadamente, embora os bares e restaurantes sejam redes de venda significativas dos produtos da recorrente, normalmente, as garrafas estão aí expostas em prateleiras atrás do balcão, de modo que os consumidores podem também examiná-las visualmente. Por essa razão, apesar de não se poder excluir a hipótese de os produtos em questão poderem também ser vendidos por solicitação oral, esse método não pode ser considerado o modo de comercialização habitual. Além disso, embora os consumidores possam pedir oralmente uma bebida sem ter previamente examinado as referidas prateleiras, poderão, em todo o caso, examinar visualmente a garrafa que lhes é servida.

59 Acresce que, e principalmente, não foi negado que os bares e restaurantes não são as únicas redes de vendas dos produtos em causa. Com efeito, esses produtos também são vendidos em supermercados ou outros estabelecimentos e venda a retalho (v. n.º 14 da decisão impugnada). Ora, não se pode deixar de observar que, quando fazem compras nessas superfícies, os consumidores podem apreender visualmente as marcas, uma vez que as bebidas estão à vista nos expositores, apesar de poderem não as encontrar lado a lado.

60 A recorrente alega igualmente que a Câmara de Recurso devia ter concluído que havia um maior risco de confusão entre as marcas porque a marca anterior possui um elevado carácter distintivo. A este respeito, basta observar que o carácter distintivo elevado de uma marca deve verificar-se em função ou das suas qualidades intrínsecas da marca, ou da notoriedade que lhe está ligada [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 34]. Apesar de a marca KINNIE ser incontestavelmente original, a recorrente não apresentou a mínima prova que demonstrasse que a sua marca possui um elevado carácter distintivo. Limitou-se a invocar o facto de se tratar de um nome puramente inventado para exigir que seja levado em conta o seu elevado carácter distintivo.

61 Por último, não há que acolher a argumentação da recorrente segundo a qual o consumidor médio reconhece as marcas em causa como visualmente semelhantes, pois a percepção visual das letras que compõem os elementos nominativos dos sinais é amplamente influenciada pela sua pronúncia, de tal modo que, quando vê os dois sinais, o consumidor médio recordar-se-á vagamente da consonância dos nomes dos produtos, mas não se recordará da forma das letras utilizadas para o seu grafismo. Com efeito, o consumidor médio apreende normalmente uma marca como um todo e não procede a uma análise das suas diferentes particularidades (acórdão SABEL, já referido, n.º 23). No entanto, importa observar que, no caso vertente, a percepção de um consumidor médio do sinal complexo cujo registo foi pedido não é determinada pela comparação entre um só dos seus elementos, ou seja, o elemento nominativo «kinji», e o sinal da recorrente.

62 Nestas circunstâncias, há que concluir que, apesar de os produtos abrangidos pelas marcas em causa serem idênticos ou muito semelhantes, as diferenças visuais e conceptuais entre os sinais em conflito constituem razões suficientes para se considerar que não existe nenhum risco de confusão no espírito do público pertinente. Consequentemente, a Câmara de Recurso concluiu com razão que não existia risco de confusão entre a marca cujo registo foi pedido e a marca anterior.

63 Tendo em conta as considerações precedentes, o fundamento relativo à violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 deve ser julgado improcedente.

Quanto ao segundo fundamento relativo à violação do artigo 73.º do Regulamento n.º 40/94

— Argumentos das partes

64 A recorrente alega que a Câmara de Recurso violou o artigo 73.º do Regulamento n.º 40/94 ao não dar oportunidade às partes de apresentarem as suas observações sobre os fundamentos invocados no n.º 14 da decisão impugnada relativos à concepção da Câmara de Recurso sobre a forma como as bebidas são pedidas e vendidas nos bares e restaurantes. A Câmara de Recurso é assim acusada de ter violado certas formalidades essenciais.

65 O IHMI alega que a referência aos «métodos de venda» e à percepção das marcas no mercado em causa não um motivo em si, na acepção do artigo 73.º do Regulamento n.º 40/94, mas um argumento que sustenta o raciocínio segundo o qual as diferenças visuais e conceptuais entre as marcas são susceptíveis de afastar qualquer risco de confusão no mercado específico dos produtos em questão. Tal referência não é alheia à apreciação do risco de confusão, mas é parte integrante do raciocínio que a Câmara de Recurso seguiu.

66 O IHMI considera consequentemente que, ao não dar à recorrente a oportunidade de apresentar as suas observações sobre o argumento relativo aos «métodos de venda», a Câmara de Recurso não infringiu o artigo 73.º do Regulamento n.º 40/94, na medida em que esse argumento apenas foi utilizado com o objectivo de justificar a decisão impugnada com fundamento nos motivos e no raciocínio de que a recorrente já tinha conhecimento.

67 A interveniente alega que já tinha usado o argumento que a recorrente contesta no âmbito do presente recurso, nas observações que apresentou, em 27 de Janeiro de 2003, no decurso do processo na Câmara de Recurso, em que alegava que «os produtos abrangidos pelas duas marcas são bebidas não alcoólicas vendidas nos mesmos estabelecimentos e nos supermercados em geral e que, contrariamente ao que a Divisão de Oposição concluiu na sua decisão (p. 7, n.º 3), o consumidor médio tem efectivamente a possibilidade de fazer uma comparação directa entre os produtos».

68 A interveniente infere daí que, aparentemente, a recorrente não considerou necessário contestar essa afirmação, respondendo nas suas «observações em resposta ao recurso» de 21 de Março de 2003 que isso não acontecia num bar ou num restaurante.

— Apreciação do Tribunal

69 Nos termos do artigo 73.º do Regulamento n.º 40/94, as decisões do Instituto só se podem basear em motivos a respeito dos quais as partes tenham podido pronunciar-se [acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Outubro de 2002, KWS Saat/ /IHMI (Nuance d'orange), T-173/00, Colect., p. II-3843, n.º 57].

70 No caso em apreço, há que observar que a Câmara de Recurso referiu, no n.º 14 da decisão impugnada, que, «apesar de os produtos serem [...] vendidos em bares e restaurantes, o consumidor colocado nessas circunstâncias não os pede, normalmente, usando o seu nome, contrariamente ao que acontece, por exemplo, quando pede vinhos ou cervejas». A Câmara de Recurso acrescentou em seguida que,

«normalmente, os clientes de bares e restaurantes pedem simplesmente esses produtos pelo seu nome genérico, pedindo, por exemplo, um 'sumo de laranja fresco'».

71 Na realidade, observar-se-á que o que a Câmara de Recurso procura demonstrar no n.º 14 da decisão impugnada é que o consumidor típico poderá normalmente examinar visualmente os produtos antes de os comprar. Este ponto de vista é confirmado pelo último período do n.º 14 da decisão impugnada, em que a Câmara de Recurso resume a sua apreciação declarando que «[p]or outras palavras, o consumidor típico, normalmente, pode controlar visualmente os produtos e as respectivas marcas antes de os comprar (apesar de ser possível que não encontre as duas marcas lado a lado)».

72 Assim, verifica-se que as afirmações respeitantes ao modo como os consumidores pedem os produtos das partes nos restaurantes e nos bares não constituem um fundamente autónomo da decisão impugnada, fazendo antes parte do raciocínio que a Câmara de Recurso seguiu a propósito da apreciação global do risco de confusão. Ora, o facto de a recorrente não ter apresentado argumentos sobre esse ponto não significa que não pôde tomar posição sobre os fundamentos relativos à comparação visual e fonética dos sinais em causa nos quais a decisão impugnada se baseia.

73 Nestas condições, improcede o presente fundamento relativo à violação do artigo 73.º do Regulamento n.º 40/94.

74 Tendo em conta as considerações precedentes, deve ser negado provimento ao recurso na íntegra.

Quanto às despesas

75 A recorrente pede ao Tribunal que condene o IHMI e/ou a interveniente a suportar as despesas relativas ao procedimento de oposição. Não desenvolveu qualquer argumentação específica relativa a este pedido nos seus articulados. No entanto, na audiência, exprimiu a sua concordância com os argumentos apresentados pelo IHMI a este respeito.

76 O IHMI alega que esse pedido é inadmissível na medida em que essas despesas não são reembolsáveis, nos termos dos artigos 87.º e 136.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

77 A este respeito, há que recordar que o artigo 136.º, n.º 2, do Regulamento de Processo dispõe:

«As despesas indispensáveis efectuadas pelas partes para efeitos do processo perante a instância de recurso [...] são consideradas despesas reembolsáveis.»

78 Assim sendo, na medida em que as despesas do procedimento de oposição não constituem despesas reembolsáveis na acepção do artigo 136.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, há que julgar este pedido inadmissível.

79 Por força do disposto no n.º 2 do artigo 87.º do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida, deve ser condenada no pagamento das despesas do IHMI e da interveniente, de acordo com o peticionado.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A recorrente é condenada nas despesas.

Vilaras Martins Ribeiro Jürimäe

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 24 de Novembro de 2005.

O secretário O presidente

E. Coulon M. Vilaras