ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

10 de Outubro de 2006 *

No processo T-172/05,

Armacell Enterprise GmbH, com sede em Münster (Alemanha), representada por O. Spuhler, advogado,

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 na Câmara de Recurso do IHMI, interveniente no Tribunal de Primeira Instância,

* Língua do processo: inglês.

nmc SA, com sede em Raeren-Eynatten (Bélgica), representada por P. Péters e T. de Haan, advogados,

que tem por objecto um recurso interposto da Decisão da Primeira Câmara de Recurso do IHMI, de 23 de Fevereiro de 2005 (processo R 552/2004-1), relativa a um processo de oposição entre a nmc SA e a Armacell Enterprise GmbH,

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

composto por: M. Vilaras, presidente, F. Dehousse e D. Šváby, juízes,
secretário: K. Andová, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 4 de Maio de 2006,

profere o presente

Acórdão

Factos na origem do litígio

1 Em 3 de Dezembro de 2001, a Armacell Enterprise GmbH (a seguir «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), alterado.

2 A marca cujo registo foi pedido é o sinal nominativo ARMAFOAM.

3 Os produtos para os quais o registo da marca foi pedido pertencem à classe 20, 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 à seguinte descrição: «produtos fabricados à base de espumas elastómeras, termoplásticas ou duroplásticas enquanto componentes sistémicos ou produtos finais».

4 Em 24 de Junho de 2002, o pedido de marca foi publicado no *Boletim de Marcas Comunitárias*.

5 Em 9 de Julho de 2002, a nmc SA (a seguir «interveniente») apresentou, ao abrigo do artigo 42.°, n.° 1, do Regulamento n.° 40/94, oposição ao registo da marca pedida.

6 O fundamento invocado em apoio da oposição era o risco de confusão, na acepção do artigo 8.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94, entre a marca pedida e a marca nominativa comunitária anterior NOMAFOAM da interveniente, registada em 31 de Outubro de 1997 para os seguintes produtos:

— classe 17: «Produtos em matérias plásticas semitrabalhadas, matérias para calafetar, vedar e isolar, espuma de polietileno (matéria semitrabalhada), matérias destinadas ao isolamento térmico e acústico, matérias de enchimento

em matérias plásticas, matérias de embalagem (enchimento) em matérias plásticas, composições isolantes contra a humidade e o frio compreendidas nesta classe, matérias para a insonorização, tubos flexíveis não metálicos;»

— classe 19: «Materiais de construção não metálicos; tubos rígidos não metálicos para a construção; revestimentos de muros e paredes compreendidos nesta classe;»

— classe 20: «Produtos em matérias plásticas não compreendidos noutras classes, recipientes de embalagem em matérias plásticas, colchões, almofadas, almofadinhas em matérias plásticas que sirvam como suportes, nomeadamente para se sentar ou ajoelhar em trabalhos de jardinagem e ou de bricolagem, actividades desportivas, ginástica, recreio e lazer;»

— classe 27: «Tapetes, tapetes antiderrapantes, tapetes para automóveis, capachos, esteiras; tapetes, esteiras e capachos em matérias plásticas que sirvam de suportes, nomeadamente para sentar ou ajoelhar em trabalhos de jardinagem e/ /ou pequenos trabalhos manuais, de actividades desportivas, de ginástica, de recreio e de lazer; revestimentos de soalhos, revestimentos de muros e de paredes, revestimentos isolantes não compreendidos noutras classes, tapeçarias murais não em matérias têxteis;»

— classe 28: «Artigos de ginástica e de desporto não compreendidos noutras classes».

7 Por decisão de 24 de Maio de 2004, a Divisão de Oposição rejeitou a oposição com o fundamento de que a marca pedida e a marca anterior eram suficientemente diferentes para que qualquer risco de confusão da parte do consumidor médio comunitário estivesse excluído no território da Comunidade.

8 Em 5 de Julho de 2004, a interveniente interpôs recurso da decisão da Divisão de Oposição no IHMI, ao abrigo dos artigos 57.º a 62.º do Regulamento n.º 40/94. Em 23 de Setembro de 2004, apresentou as suas alegações de recurso. Em 17 de Dezembro de 2004, a recorrente apresentou as suas observações sobre o recurso da interveniente.

9 Por decisão de 23 de Fevereiro de 2005, notificada à recorrente por carta de 25 de Fevereiro de 2005 (a seguir «decisão impugnada»), a Primeira Câmara de Recurso do IHMI julgou procedente o recurso com o fundamento de que existia risco de confusão.

Tramitação processual e pedidos das partes

10 Através de petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 29 de Abril de 2005, a recorrente interpôs o presente recurso. A recorrente indicou que o seu agente de patentes, C. Hano, a representaria em conjunto com o seu advogado.

11 Em 10 e 29 de Agosto de 2005, respectivamente, o IHMI e a interveniente apresentaram as suas respostas.

12 Por carta de 15 de Setembro de 2005, recebida na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 19 de Setembro de 2005, a recorrente pediu, ao abrigo do artigo 135.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, para ser autorizada a apresentar réplica. A recorrente confirmou igualmente que o seu agente de patentes participaria na audiência.

13 Por decisão do presidente da Quinta Secção do Tribunal de Primeira Instância, de 27 de Setembro de 2005, o pedido de apresentação de réplica foi indeferido. Por carta do mesmo dia, o Secretário do Tribunal de Primeira Instância informou a recorrente desse indeferimento, de que poderia apresentar as suas observações na audiência e, por último, de que C. Hano só poderia intervir nessa audiência na presença e sob a supervisão do advogado da recorrente.

14 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— condenar o IHMI nas despesas.

15 O IHMI conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

16 A interveniente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

17 A recorrente invoca um único fundamento de anulação, que, pese embora uma referência formal a uma violação do artigo 43.°, n.° 5, segundo período, do Regulamento n.° 40/94, diz apenas respeito a uma violação do artigo 8.°, n.° 1, alínea b), do mesmo regulamento, pelo facto de a Câmara de Recurso ter concluído, de forma errada, pela existência de risco de confusão.

Argumentos das partes

18 Em primeiro lugar, a recorrente alega que as marcas em conflito não são semelhantes.

19 As primeiras sílabas dessas marcas, respectivamente «no» no caso da NOMAFOAM e «ar» no caso da ARMAFOAM, são muito diferentes. Ora, uma vez que estão situadas no início do sinal, estas sílabas chamam mais facilmente a atenção do consumidor. O grau de semelhança auditiva e visual é, portanto, fraco.

20 No que respeita à semelhança conceptual, a recorrente alega que, uma vez que os termos «armafoam» e «nomafoam» não existem enquanto tais nas línguas em causa, o público-alvo terá tendência a apreendê-los como termos inventados. No entanto, a recorrente considera que a segunda parte das marcas em conflito, o termo inglês «foam», será apreendida pelo público-alvo como puramente descritiva dos produtos visados por essas marcas. A este respeito, a recorrente considera que o inglês é a língua decisiva, do ponto de vista do público-alvo, para a apreciação da semelhança conceptual. O carácter distintivo da parte «foam» das marcas em conflito é, portanto, muito fraco. Isto torna tanto mais importantes as primeiras partes das referidas marcas, «arma» e «noma», que constituem, para o público-alvo, termos

claramente diferentes que não remetem para nenhum conceito comum. Estas primeiras partes, que têm um carácter distintivo especial, constituem os elementos dominantes das marcas em conflito, no âmbito da impressão geral suscitada por estas marcas.

21 Por conseguinte, a recorrente afirma que o público-alvo não dará atenção à parte final das marcas em conflito, que é puramente descritiva, mas à parte inicial destas marcas, que não é descritiva e que tem um carácter claramente distintivo. Não existe, portanto, nenhuma semelhança conceptual entre as marcas em conflito. Além disso, a Câmara de Recurso não apresentou na decisão impugnada qualquer elemento com vista a demonstrar a existência de uma semelhança conceptual.

22 Segundo a recorrente, a Câmara de Recurso considerou ilegalmente que a impressão geral suscitada pelas marcas em conflito era caracterizada pela parte final das referidas marcas, «foam», ao passo que o princípio instituído pela jurisprudência é o de que, normalmente, o início das palavras é que é distintivo pois é o que permanece na memória. A Câmara de Recurso teria igualmente afirmado que a parte idêntica «foam», era descritiva dos produtos visados. Ora, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma parte da marca que é descritiva pode, contudo, não apresentar carácter distintivo, o que está em contradição com a apreciação da Câmara de Recurso e deverá conduzir à anulação da decisão impugnada.

23 Em segundo lugar e a título subsidiário, a recorrente alega que os produtos visados pelas marcas em conflito não são semelhantes. Os produtos à base de espumas, objecto do pedido de marca, e os produtos em plástico da classe 20, objecto da marca anterior, não são semelhantes. Isto aplica-se também aos outros produtos objecto da marca anterior.

24 Segundo a recorrente, a Câmara de Recurso limitou-se a afirmar, no n.º 21 da decisão impugnada, que o pedido de marca abrangia, entre outros, os produtos à

base de espumas elastómeras e termoplásticas, que os produtos da classe 20 e objecto da marca anterior eram fabricados em plástico e que os plásticos, borrachas e polímeros elásticos eram materiais semelhantes que podiam ser utilizados para fabricar um grande número de produtos da classe 20, tais como esteiras, colchões e almofadinhas.

25 Ora, a possibilidade de os produtos objecto das marcas em conflito serem fabricados a partir do mesmo material é insuficiente para fazer destes produtos produtos semelhantes na acepção do artigo 8.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 40/94. Por conseguinte, a Câmara de Recurso interpretou de forma errada a condição relativa à semelhança dos produtos.

26 O IHMI e a interveniente contestam os argumentos da recorrente. Na sua opinião, a Câmara de Recurso concluiu correctamente pela existência de um risco de confusão. Em todo o caso, a interveniente contesta a admissibilidade das alegações da recorrente relativas à comparação dos produtos.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

27 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».

28 Segundo a jurisprudência, 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 [acórdãos do Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 1998, Canon, C-39/97, Colect., p. I-5507, n.º 29, e de 22 de Junho de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Colect., p. I-3819, n.º 17; 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].

29 Segundo esta mesma jurisprudência, o risco de confusão no espírito do público deve ser apreciado globalmente atentos todos os factores relevantes do caso em apreço (acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1997, SABEL, C-251/95, Colect., p. I-6191, n.º 22; Canon, acima referido no n.º 28, n.º 16, e Lloyd Schuhfabrik Meyer, acima referido no n.º 28, n.º 18; acórdão Fifties, acima referido no n.º 28, n.º 26).

30 Essa apreciação global deve basear-se, no que respeita à semelhança visual, auditiva ou conceptual das marcas em causa, na impressão geral suscitada pelas marcas, atendendo, designadamente, aos elementos distintivos e dominantes destas (acórdão SABEL, acima referido no n.º 29, n.º 23).

31 Essa apreciação global implica uma certa interdependência entre os factores tomados em conta e, nomeadamente, entre a semelhança das marcas e a dos produtos ou serviços designados. Assim, um reduzido grau de semelhança entre os produtos ou os serviços designados pode ser compensado com um elevado grau de semelhança entre as marcas e inversamente (acórdãos Canon, acima referido no n.º 28, n.º 17; Lloyd Schuhfabrik Meyer, acima referido no n.º 28, n.º 19, e Fifties, acima referido no n.º 28, n.º 27).

32 Além disso, a percepção das marcas que o consumidor médio tem dos produtos ou serviços em causa desempenha um papel determinante na apreciação global do risco de confusão. Ora, o consumidor médio apreende normalmente uma marca como um todo e não procede a uma análise das suas diferentes particularidades [acórdãos

SABEL, acima referido no n.º 29, n.º 23, e Lloyd Schuhfabrik Meyer, acima referido no n.º 28, n.º 25; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância Fifties, acima referido no n.º 28, n.º 28, e de 3 de Março de 2004, Mühlens/IHMI — Zirh International (ZIRH), T-355/02, Colect., p. II-791, n.º 41]. Para efeitos dessa apreciação global, presume-se que o consumidor médio está normalmente informado e é razoavelmente atento e avisado. Por outro lado, há que tomar em conta a circunstância de o consumidor médio raramente ter a possibilidade de proceder a uma comparação directa entre as diferentes marcas, devendo confiar na imagem imperfeita destas que conservou na memória. Importa igualmente tomar em consideração o facto de o nível de atenção do consumidor médio ser susceptível de variar em função da categoria de produtos ou serviços em causa (acórdãos Lloyd Schuhfabrik Meyer, acima referido no n.º 28, n.º 26, e Fifties, acima referido no n.º 28, n.º 28).

33 Por último, resulta do carácter unitário da marca comunitária, consagrado no artigo 1.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94, que uma marca comunitária anterior é identicamente protegida em todos os Estados-Membros. As marcas comunitárias anteriores são, por conseguinte, oponíveis a qualquer pedido de marca posterior que ponha em causa a sua protecção, ainda que apenas no que respeita à percepção dos consumidores de uma parte do território comunitário. Daqui resulta que o princípio consagrado no artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94, segundo qual, para se recusar o registo de uma marca, basta que exista um motivo absoluto de recusa apenas numa parte da Comunidade, é aplicável, por analogia, igualmente ao caso de um motivo de recusa relativo na acepção do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 [acórdãos 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 59 ; ZIRH, acima referido no n.º 32, n.º 36; de 6 de Outubro de 2004, New Look/IHMI — Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE e NLCollection), T-117/03 a T-119/03 e T-171/03, Colect., p. II-3471, n.º 34, e de 1 de Março de 2005, Fusco/IHMI — Fusco International (ENZO FUSCO), T-185/03, Colect., p. II-715, n.º 33].

34 No que respeita, em primeiro lugar, à definição do público-alvo, há que referir, à semelhança da Câmara de Recurso (n.os 8 e 9 da decisão impugnada) e das partes, que os produtos objecto do pedido de marca e os produtos objecto da marca

anterior podem ser comercializados junto de um vasto público, tanto profissional como não profissional. O público-alvo é, portanto, composto pela totalidade dos consumidores da Comunidade.

35 Em segundo lugar, relativamente à comparação dos produtos, a Câmara de Recurso considerou, essencialmente, no n.º 21 da decisão impugnada, que a definição, muito ampla, dos produtos constante do pedido de marca englobava produtos abrangidos pela marca anterior. De entre estes últimos, a Câmara de Recurso mencionou, em especial, determinados produtos da classe 20, a saber, os produtos em matérias plásticas não compreendidos noutras classes, esteiras, colchões e almofadinhas, produtos relativamente aos quais a Câmara de Recurso indica, essencialmente, que podem ser fabricados com o mesmo material de base que os objecto da marca cujo registo é pedido. Por conseguinte, a Câmara de Recurso concluiu que existe uma grande semelhança, senão mesmo identidade, entre os produtos objecto das marcas em conflito (n.º 21 da decisão impugnada).

36 A recorrente afirma, sem fornecer qualquer explicação especial, que os produtos objecto das marcas em conflito não são semelhantes. Além disso, alega, essencialmente, que a possibilidade de os produtos objecto das marcas em conflito serem fabricados a partir do mesmo material de base não basta para fazer deles produtos semelhantes na acepção do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94. Por conseguinte, a Câmara de Recurso interpretou de forma errada a condição relativa à semelhança dos produtos.

37 O IHMI, embora partilhe da conclusão da Câmara de Recurso de que existe semelhança entre os produtos, chega a esta conclusão através de um raciocínio diferente. Considera, ao contrário do referido órgão, que não são os produtos da marca pedida que englobam alguns produtos da marca anterior, mas os produtos da marca anterior, em especial os «produtos [da classe 20] em matérias plásticas não compreendidos noutras classes», categoria que, segundo o IHMI, não conhece limitações nem quanto ao tipo de plástico empregue nem quanto à utilização do produto em plástico, que englobam os produtos da marca pedida.

38 A interveniente alega que as alegações da recorrente relativas aos produtos são inadmissíveis perante o Tribunal de Primeira Instância, nos termos do artigo 135.º, n.º 4, do Regulamento de Processo, por não terem sido feitas no processo perante o IHMI. Subsidiariamente, a interveniente partilha da opinião da Câmara de Recurso segundo a qual a redacção do pedido de marca, no que se refere aos produtos visados, é tão ampla que engloba produtos objecto da marca anterior e incluídos na classe 20. A interveniente apresenta determinados documentos comerciais que já tinha apresentado no IHMI.

39 No que respeita, antes de mais, à alegada inadmissibilidade das alegações da recorrente relativas aos produtos, há que recordar que um recurso interposto para o Tribunal de Primeira Instância ao abrigo do artigo 63.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94 tem por finalidade a fiscalização da legalidade das decisões das Câmaras de Recurso [v. acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2002 eCopy/IHMI (ECOPY), T-247/01, Colect., p. II-5301, n.º 46, e de 22 de Outubro de 2003, Éditions Albert René/IHMI — Trucco (Starix), T-311/01, Colect., p. II-4625, n.º 70, e a jurisprudência aí referida]. No âmbito do Regulamento n.º 40/94 e com base no seu artigo 74.º, essa fiscalização deve ser efectuada por referência ao quadro factual e jurídico do litígio apresentado à Câmara de Recurso [acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 5 de Março de 2003, Unilever/IHMI (Pastilha oval), T-194/01, Colect., p. II-383, n.º 16, e de 1 de Fevereiro de 2005, SPAG/IHMI — Dann e Backer (HOOLIGAN), T-57/03, Colect., p. II-287, n.º 17]. Além disso, nos termos do artigo 135.º, n.º 4, do Regulamento de Processo, as respostas das partes não podem alterar o objecto do litígio perante a instância de recurso.

40 Por conseguinte, há que analisar se, ao alegar, pela primeira vez, no Tribunal de Primeira Instância que os produtos objecto das marcas em conflito são diferentes, a recorrente alterou o objecto do litígio.

41 A este respeito, há que observar que uma oposição ao registo de uma marca comunitária, quando se baseia no artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, submete ao IHMI a questão da identidade ou da semelhança dos produtos e dos serviços visados pelas marcas em conflito.

42 Tal ocorre mesmo quando o IHMI ou uma das partes no processo considera que é inútil examinar a questão da identidade ou da semelhança dos produtos e dos serviços em causa devido às grandes diferenças verificadas entre as marcas que excluem, em qualquer caso, um risco de confusão. Consequentemente, a circunstância de, no caso vertente, a recorrente ter admitido, perante a Divisão de Oposição, que os produtos visados pelas marcas podiam ser potencialmente idênticos e, em seguida, ter declarado, perante a Câmara de Recurso, que a questão da semelhança dos produtos podia não ser decidida tendo em conta a alegada diferença que separa as marcas em conflito, não teve, de forma alguma, o efeito de retirar ao IHMI a competência para se pronunciar sobre a questão de saber se os produtos visados pelas referidas marcas eram semelhantes ou idênticos. Por conseguinte, esta circunstância também não teve o efeito de privar a recorrente do direito de contestar, nos limites do quadro jurídico e factual do litígio submetido à Câmara de Recurso, as apreciações efectuadas por esta última instância a esse respeito [v., por analogia, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Novembro de 2004, Frischpack/IHMI (Forma de uma caixa de queijo), T-360/03, Colect., p. II-4097, n.^{os} 32 a 35].

43 Ora, há que referir que as alegações da recorrente no Tribunal de Primeira Instância relativas à comparação dos produtos não se afastam do quadro do litígio que a Câmara de Recurso foi chamada a decidir. Com efeito, a recorrente limita-se a colocar em causa as apreciações efectuadas e o raciocínio seguido por esta última instância a esse respeito. Daqui resulta que a recorrente não alterou o objecto do litígio através dessas alegações e que estas são admissíveis perante o Tribunal de Primeira Instância.

44 Como resulta da jurisprudência, para apreciar a semelhança entre os produtos ou serviços em causa, há que ter em conta todos os factores pertinentes que caracterizam as relações entre esses produtos ou serviços, em especial a sua natureza, o seu destino, a sua utilização e o seu carácter concorrente ou complementar [acórdão Canon, acima referido no n.º 28, n.º 23; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2004, Sunrider/IHMI — Espadafor Caba (VITAFRUIT), T-203/02, Colect., p. II-2811, n.º 65, e de 4 de Maio de 2005, Chum/IHMI — Star TV (STAR TV), T-359/02, Colect., p. II-1515, n.º 31].

45 No caso vertente, a definição dos produtos objecto do pedido de marca é, quanto à natureza destes produtos, extremamente ampla, uma vez que designa produtos que se apresentam como «componentes sistémicos ou produtos finais», ou seja, virtualmente quaisquer produtos. O único limite estabelecido por esta definição diz respeito à matéria em que estes produtos são fabricados: trata-se de produtos à base de espumas elastómeras, termoplásticas ou duroplásticas.

46 A marca anterior abrange, por sua vez, para além de alguns produtos evocados pela Câmara de Recurso no n.º 21 da decisão impugnada e incluídos na classe 20, uma grande variedade de produtos susceptíveis, na sua maioria, de corresponderem às descrições de «componentes sistémicos» ou de «produtos finais» e de serem fabricados à base de espumas.

47 A recorrente não alegou nunca que as espumas objecto do seu pedido apresentam particularidades químicas ou físicas que as reservam ao fabrico de produtos muito específicos que não se encontram na lista dos produtos objecto da marca anterior.

48 A recorrente limita-se a afirmar, no n.º 65 da petição, que os produtos em espuma, por um lado, e os produtos em plástico da classe 20, por outro, não são semelhantes e acrescenta que isto é igualmente válido para os outros produtos objecto da marca anterior.

49 Esta afirmação da recorrente, que não é, de resto, fundamentada, não pode pôr em causa a apreciação efectuada pela Câmara de Recurso, no n.º 21 da decisão impugnada, segundo a qual «o plástico, a borracha e os polímeros elásticos» são matérias semelhantes e é, em todo o caso, posta em causa pelas seguintes considerações.

50 Em primeiro lugar e como o IHMI refere na sua resposta, as espumas elastómeras, termoplásticas e duroplásticas não são mais do que matérias plásticas. De resto, a recorrente parece admitir este facto quando faz referência, no n.º 63 da sua petição, à possibilidade de os produtos objecto das marcas em conflito serem fabricados a partir do mesmo material de base.

51 Em segundo lugar, a afirmação da recorrente está em contradição com a posição que defende no âmbito do exame da semelhança dos sinais e segundo a qual o sufixo «foam» é «puramente descritivo» dos produtos objecto das marcas em conflito (n.º 43 da petição). Com efeito, assim a recorrente admite implicitamente que os produtos objecto da marca da interveniente são igualmente produtos em espuma.

52 Em terceiro lugar, resulta dos documentos apresentados pela interveniente no processo perante o IHMI e anexados à sua resposta que a recorrente fabrica, sob a marca ARMAFOAM, produtos que correspondem à definição constante do pedido de marca e que são idênticos ou análogos a determinados produtos comercializados pela interveniente sob a marca NOMAFOAM, a saber, perfis de protecção em espuma para a embalagem de produtos frágeis. Por conseguinte, estes documentos fornecem uma ilustração, é verdade que limitada a determinados produtos, mas concreta, da semelhança ou da identidade dos produtos objecto das marcas em conflito. De resto, na audiência, a recorrente, em resposta a uma questão do Tribunal de Primeira Instância, não conseguiu contestar de forma convincente que alguns dos seus produtos objecto do pedido de marca eram concorrentes directos dos comercializados pela interveniente sob a marca anterior.

53 Resulta do exposto que a recorrente não conseguiu pôr em causa a justeza da apreciação da Câmara de Recurso segundo a qual «a redacção do pedido de marca (produtos fabricados à base de espumas elastómeras, termoplásticas) é suficientemente ampla para incluir os produtos especificados no registo anterior (produtos em matérias plásticas não compreendidos noutras classes)» (n.º 21 da decisão impugnada).

54 Além disso, esta apreciação da Câmara de Recurso não consiste de forma alguma, contrariamente ao que sugere a recorrente, em fazer depender a verificação da existência de uma semelhança entre os produtos da simples consideração de que é o mesmo material de base que é utilizado para o fabrico desses produtos. Embora a Câmara de Recurso tenha sido levada a evocar, no n.º 21 da decisão impugnada, os materiais utilizados para o fabrico dos produtos, fê-lo apenas devido ao facto de o pedido de marca definir os produtos que visava não tanto segundo a sua natureza, potencialmente muito ampla («componentes sistémicos ou produtos finais), mas segundo o seu material constitutivo («espuma»).

55 Por conseguinte, foi com razão que a Câmara de Recurso verificou, no n.º 21 da decisão impugnada, a existência de uma sobreposição entre a descrição dos produtos objecto da marca pedida e a dos produtos abrangidos pela marca anterior e, portanto, acolheu a existência de uma semelhança, senão mesmo de uma identidade, entre os produtos objecto das marcas em conflito, na acepção do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94.

56 Em terceiro lugar, no que respeita à comparação das marcas em conflito, a Câmara de Recurso verificou a existência de uma semelhança entre essas marcas, especialmente do ponto de vista do público-alvo não anglófono (n.º 23 da decisão impugnada).

57 No que respeita, antes de mais, à comparação conceptual das marcas em conflito, a Câmara de Recurso referiu que estas marcas, consideradas no seu conjunto, eram construções inventadas que não tinham nenhum sentido coerente e não se prestavam, portanto, a uma comparação conceptual (n.º 18 da decisão impugnada). No entanto, a Câmara de Recurso considerou que, entre os consumidores dos produtos em causa, só os consumidores anglófonos podiam isolar espontaneamente, nas marcas em conflito, o sufixo «foam», termo inglês que significa «espuma» (n.º 13 da decisão impugnada).

58 A recorrente alega, essencialmente, que não existe nenhuma semelhança conceptual entre as marcas em conflito. Com esta finalidade, defende que, uma vez que o sufixo «foam» é apreendido espontaneamente por todo o público-alvo como sendo puramente descritivo dos produtos, este público não prestará atenção a este sufixo, mas concentrará a sua atenção nas partes iniciais «arma» e «noma» das marcas em conflito, que são, senão desprovidas de sentido, pelo menos desprovidas de toda e qualquer semelhança conceptual em todas as línguas comunitárias.

59 No que respeita aos consumidores não anglófonos, o IHMI e a interveniente concordam com a posição da Câmara de Recurso de que não é necessário proceder a uma comparação conceptual. No que respeita aos consumidores anglófonos, o IHMI considera que o facto de estes últimos identificarem nas marcas em conflito o termo inglês que significa «espuma» não basta para se poder concluir pela existência de uma semelhança conceptual. A interveniente considera, por seu lado, que este facto induz uma relativa semelhança conceptual entre as marcas em conflito.

60 O Tribunal de Primeira Instância considera que a apreciação da Câmara de Recurso é correcta no que respeita, pelo menos, aos consumidores não anglófonos, a respeito dos quais não há que proceder a uma comparação conceptual das marcas em conflito. A este respeito, a posição da recorrente, que consiste em defender que os consumidores não anglófonos, tanto como os seus homólogos anglófonos, identificarão espontaneamente o sufixo «foam» como o termo inglês que significa «espuma» e, portanto, como um termo descritivo dos produtos objecto das marcas em conflito, é manifestamente errada e não é, de resto, de forma alguma corroborada por elementos do processo.

61 No que respeita à comparação visual e à comparação fonética das marcas em conflito, a Câmara de Recurso concluiu, essencialmente, no que respeita ao público não anglófono, pela existência de grandes semelhanças (n.^{os} 11 a 19 da decisão impugnada). Com efeito, referiu que as marcas em conflito tinham seis letras e três sílabas em comum num total de oito letras, bem como quatro sílabas cada uma, e que os prefixos «ar» e «no», embora estivessem colocados no início das marcas em conflito, não eram susceptíveis de pôr em causa a semelhança visual e fonética dessas marcas. A interveniente e o IHMI partilham desta posição.

62 Relativamente ao público anglófono, a Câmara de Recurso considerou que o carácter descritivo do sufixo «foam» era antes susceptível de aumentar as semelhanças visuais e fonéticas gerais das marcas em conflito na perspectiva desse público (n.os 16 e 17 da decisão impugnada). O IHMI considera que o carácter descritivo deste sufixo deveria antes conduzir esse público a concentrar a sua atenção nas partes iniciais, «arma» e «noma», das marcas em conflito, partes estas que são bastante diferentes.

63 Por seu lado, a recorrente alega que, por estarem posicionados no início das marcas em conflito, os prefixos «ar» e «no» distinguem claramente essas marcas visual e foneticamente. Alega também que os prefixos «arma» e «noma», que são, na sua opinião, os elementos dominantes das marcas em conflito, são claramente diferentes visual e foneticamente.

64 O Tribunal de Primeira Instância refere que as únicas diferenças visuais e fonéticas das marcas em conflito objectivamente detectáveis pelo público não anglófono resultam dos prefixos «ar» e «no» dessas marcas.

65 A este respeito é, por certo, verdade que a parte inicial das marcas nominativas pode ser susceptível de chamar mais a atenção do consumidor do que as partes seguintes [v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Março de 2004, El Corte Inglés/IHMI — González Cabello e Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), T-183/02 e T-184/02, Colect., p. II-965, n.º 81, e de 16 de Março de 2005, L'Oréal/IHMI — Revlon (FLEXI AIR), T-112/03, Colect., p. II-949, n.os 64 e 65]. Contudo, esta consideração não pode ser válida em todos os casos [v., neste sentido, acórdãos 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 50, e de 6 de Julho de 2004, Grupo El Prado Cervera/IHMI — Héritiers Debuschewitz (CHUFAFIT), T-117/02, Colect., p. II-2073, n.º 48]. Em todo o caso, não pode pôr em causa o princípio expresso na jurisprudência acima referida nos n.os 29 a 32, segundo o qual o exame da semelhança das marcas deve ter em conta a impressão geral suscitada por essas marcas, uma vez que o consumidor médio apreende normalmente uma marca como um todo e não procede ao exame das suas diferentes particularidades.

66 No caso vertente, o Tribunal de Primeira Instância considera, à semelhança da Câmara de Recurso, da interveniente e do IHMI, que, no que respeita ao público não anglófono, a diferença entre os prefixos «ar» e «no» das marcas em conflito não pode, pese embora estarem posicionados no início da frase, eliminar a impressão de grande semelhança visual e fonética produzida pelas referidas marcas, que resulta tanto do facto de essas marcas serem de extensão idêntica (oito letras e quatro sílabas cada uma) como do facto de, para além da diferença mencionada, serem rigorosamente idênticas tanto visualmente (seis letras posicionadas na mesma ordem: «m», «a», «f», «o», «a», «m») como foneticamente («ma», «fo», «am»).

67 Daqui resulta que, nos planos visual e fonético, as marcas em conflito são semelhantes, pelo menos no que respeita ao público não anglófono. Por conseguinte, e tendo em conta o facto de que uma comparação conceptual destas marcas é desprovida de pertinência no que respeita a esse público, há que concluir que, para este último, estas marcas são semelhantes.

68 Tendo em conta esta conclusão e a jurisprudência, acima recordada no n.º 33, segundo a qual as marcas comunitárias anteriores são oponíveis a qualquer pedido de marca posterior que ponha em causa a sua protecção, ainda que apenas no que diz respeito à percepção dos consumidores de uma parte do território comunitário, há que referir que foi com razão que a Câmara de Recurso considerou, no n.º 19 da decisão impugnada, que as marcas em conflito eram semelhantes na acepção do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, sem que seja necessário decidir a questão de saber se essas marcas são ou não também semelhantes para o público anglófono.

69 Resulta das considerações expostas, que o fundamento de anulação único, relativo à violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, deve ser julgado improcedente. Nestas condições, há que negar provimento ao recurso.

Quanto às despesas

70 Por força do artigo 87.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo o IHMI e a interveniente pedido a condenação da recorrente e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A Armacell Enterprise GmbH é condenada a suportar as suas próprias despesas, as do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) e as da nmc SA.

Vilaras Dehousse Šváby

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 10 de Outubro de 2006.

O secretário O presidente

E. Coulon M. Vilaras