ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

18 de Outubro de 2007 *

No processo T-28/05,

Ekabe International SCA, com sede no Luxemburgo (Luxemburgo), representada por C. de Haas, 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 no processo na Câmara de Recurso do IHMI, interveniente no Tribunal de Primeira Instância,

* Língua do processo: francês.

Ebro Puleva, SA, com sede em Madrid (Espanha), representada por P. Casamitjana Lleonart, advogado,

que tem por objecto um recurso da decisão da Quarta Câmara de Recurso do IHMI de 6 de Outubro de 2004 (processo R 117/2001-4), relativa a um processo de oposição entre a Puleva SA (actual Ebro Puleva, SA) e a Ekabe International SCA,

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

composto por: M. Vilaras, presidente, F. Dehousse e D. Šváby, juízes,

secretário: K. Pocheć, administradora,

vista a petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 17 de Janeiro de 2005,

vista a contestação do IHMI apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 4 de Agosto de 2005,

vista a contestação da interveniente apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 28 de Julho de 2005,

após a audiência de 9 de Novembro de 2006,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

1 Em 17 de Abril de 1998, a sociedade Cema apresentou um pedido de marca comunitária ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI), ao abrigo 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 figurativa a cores, cujo registo foi pedido, é a seguinte:



3 O produto para o qual foi pedido o registo da marca pertence à classe 29 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, revisto e alterado, e corresponde à seguinte descrição: «Margarina».

4 Em 11 de Janeiro de 1999, este pedido de marca foi publicado no *Boletim de Marcas Comunitárias*.

5 Em 12 de Abril de 1999, a interveniente, Puleva SA (actual Ebro Puleva, SA), deduziu oposição, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, ao registo da marca pedida.

6 O fundamento invocado em apoio da oposição foi o risco de confusão entre a marca pedida e a anterior marca nominativa nacional PULEVA-OMEGA3 da interveniente, registada em Espanha em 22 de Março de 1999, sob o n.º 2140889, para produtos da classe 29 na acepção do Acordo de Nice e correspondentes à seguinte descrição: «Carne, peixe, aves e caça; extractos de carne, frutos e legumes em conserva, secos e cozidos; geleias, doces, compotas, ovos; óleos e gorduras comestíveis, pratos preparados à base de carne, peixe ou legumes e especialmente leite e lacticínios».

7 Em 7 de Fevereiro e 10 de Maio de 2000, a interveniente e a sociedade Cema apresentaram, respectivamente, observações suplementares.

8 Por decisão de 24 de Novembro de 2000, a Divisão de Oposição julgou procedente a oposição, pelo facto de os produtos e os sinais em causa serem semelhantes e de existir, assim, risco de confusão no espírito do público espanhol.

9 Em 26 de Janeiro de 2001, a sociedade Cema interpôs recurso da decisão da Divisão de Oposição.

10 Em 6 de Abril de 2001, a interveniente apresentou as suas observações na Câmara de Recurso.

11 Em 28 de Agosto de 2002, a sociedade Cema transferiu o seu pedido de marca comunitária para a Primalliance, SAS.

12 Em 30 de Agosto de 2004, a Primalliance transferiu o pedido de marca comunitária para a recorrente, a Ekabe International, SCA.

13 Por decisão de 6 de Outubro de 2004 (a seguir «decisão impugnada»), a Quarta Câmara de Recurso do IHMI negou provimento ao recurso e confirmou a decisão da Divisão de Oposição, pelo facto de os produtos em causa serem semelhantes ou idênticos e de existir um certo grau de semelhança entre os sinais.

14 No que respeita à comparação dos produtos, a Câmara de Recurso indicou, no n.º 11 da decisão impugnada, que o produto abrangido pela marca pedida, a margarina, era consideravelmente parecido com ou idêntico a produtos como os óleos, as gorduras comestíveis e os lacticínios, que são abrangidos pela marca anterior.

15 Quanto à comparação entre os sinais, a Câmara de Recurso considerou, no n.º 14 da decisão impugnada, que o elemento «ómega 3» apresentava um carácter distintivo normal no que respeita aos produtos abrangidos pela marca pedida e que, portanto, havia que ter isso em conta ao comparar as marcas em conflito. A Câmara de Recurso indicou que o consumidor médio espanhol, no momento do pedido de registo da marca pedida, não se apercebia de que este elemento era descritivo no que respeita às características essenciais dos produtos em causa, pelo facto de ser

pouco provável que o consumidor médio espanhol associasse o elemento «ómega 3» a ácidos gordos poli-insaturados cujo valor nutritivo contribui para a prevenção das doenças cardiovasculares. Quanto aos extractos de diversos sítios da Internet produzidos pela recorrente e que fazem referência ao elemento «ómega 3», a Câmara de Recurso esclareceu que um exame atento dos mesmos não sustenta os argumentos da recorrente de que o elemento «ómega 3» pertence à linguagem corrente e de que uma grande parte do público espanhol conhecia as suas propriedades medicinais ou nutritivas.

16 No plano visual, a Câmara de Recurso precisou, nos n.os 15 e 16 da decisão impugnada, que o elemento «ómega 3» constituía o elemento dominante da marca pedida, enquanto o elemento figurativo parecia indubitavelmente menos importante e contribuía pouco para o carácter distintivo da marca pedida. Nem a presença do termo «puleva» na marca anterior nem os elementos figurativos da marca pedida permitiam aos consumidores estabelecer uma distinção suficiente entre os sinais em conflito. No plano fonético, a Câmara de Recurso esclareceu, no n.º 17 da decisão impugnada, que as marcas em conflito eram semelhantes na medida em que tinham em comum o elemento «ómega 3», mas diferiam quanto à sua extensão e ao seu ritmo devido à presença do elemento «puleva» na marca anterior. No plano conceptual, a Câmara de Recurso observou, no n.º 18 da decisão impugnada, que o consumidor médio não era capaz de estabelecer uma relação conceptual entre o elemento nominativo «omega 3» e o tipo de ácidos gordos poli-insaturados com o mesmo nome, conhecido pelas suas propriedades medicinais, e que, quando muito, seria capaz de identificar o termo «omega» como sendo a última letra do alfabeto grego. Quanto ao elemento «puleva» da marca anterior, a Câmara de Recurso esclareceu que se tratava de uma palavra inventada que não tinha conotação em língua espanhola.

17 A Câmara de Recurso concluiu que, por isso, existia risco de confusão entre as marcas em conflito, para os consumidores espanhóis, na acepção do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94.

Pedidos das partes

18 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular e reformar a decisão impugnada;

— condenar o IHMI nas despesas.

19 O IHMI conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas;

— condenar cada uma das partes no processo no Tribunal de Primeira Instância a suportar as suas próprias despesas, no caso de ser dado provimento ao recurso.

20 A interveniente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

21 A recorrente invoca um único fundamento de recurso, que consiste na violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94.

Argumentos das partes

22 A recorrente considera que não existe risco de confusão entre as marcas em conflito, uma vez que, dos dois sinais em causa, o consumidor espanhol só fixará a palavra «puleva» na marca anterior, por um lado, e o grafismo e as cores particulares associadas ao elemento «ómega 3» na marca pedida, por outro.

23 Em primeiro lugar, a recorrente alega que o elemento «omega 3» é descritivo e usual para designar produtos alimentares dos quais esse tipo de ácidos gordos poli-insaturados constitui um componente químico. A recorrente apresentou, para sustentar este argumento, documentos relativos à existência de produtos alimentares no mercado espanhol, que põem em relevo o elemento «omega 3», e à existência de marcas registadas em Espanha que contêm este elemento. Além disso, resulta dos artigos de imprensa difundidos no território espanhol e dos extractos de sítios da Internet apresentados pela recorrente em anexo à sua petição que o consumidor médio espanhol conhece bem as propriedades benéficas dos ácidos gordos poli-insaturados do tipo omega 3 e não considera de maneira nenhuma que este elemento constitua um sinal distintivo. O carácter descritivo ou usual, junto do público espanhol, do elemento «omega 3» para produtos alimentares foi, além disso, reconhecido pela Oficina Española de Patentes y Marcas (Instituto Espanhol de Marcas e Patentes) e confirmado em sede de recurso pelos Tribunales Superiores de Justicia, no âmbito de processos relativos a oposições semelhantes. A recorrente considera, por isso, que é errado afirmar que o elemento «omega 3» é dominante nas duas marcas em conflito. O raciocínio da Câmara de Recurso é, além disso, contraditório, já que, para justificar uma semelhança conceptual entre as marcas em conflito, considerou que o consumidor espanhol conhecia suficientemente o elemento «omega 3».

24 Em segundo lugar, a recorrente sustenta que apenas o elemento «puleva» é invulgar e apresenta carácter distintivo na marca anterior. O facto de esse elemento ser a denominação social do titular da marca anterior não faz desta palavra um elemento secundário dessa marca. A recorrente alega que ou o elemento «puleva» beneficia de uma certa notoriedade junto do público espanhol, caso em que a marca anterior é efectivamente conhecida e captará a atenção do público, ou o elemento «puleva» não é especialmente conhecido, caso em que deve ser considerado arbitrário e, portanto, distintivo para os produtos em causa. Segundo a recorrente, a palavra «puleva» serve precisamente para garantir a origem dos produtos e permite, por isso, aos consumidores distinguir os produtos da interveniente dos dos seus concorrentes. A recorrente acrescenta que a palavra «puleva» colocada na parte de cima da marca anterior constitui o elemento dominante no plano visual, visto que o consumidor a lê em primeiro lugar, e o elemento dominante no plano fonético, porque as sílabas «pu» e «va» são muito claramente audíveis. Acresce que a letra «p» é uma consoante com uma pronúncia muito marcada, que chama a atenção do consumidor. Por outro lado, a palavra «puleva» não tem significado algum, enquanto o consumidor espanhol sabe, pelo menos aproximadamente, que os ácidos gordos poli-insaturados do tipo omega 3 têm propriedades benéficas no que respeita às doenças cardiovasculares.

25 Em terceiro lugar, a recorrente observa que o elemento figurativo da marca pedida é perfeitamente distintivo. A recorrente observa que o elemento «omega 3» é estilizado, de modo que o número «3» parece prolongar a letra «a» da palavra «omega». A marca pedida é, além disso, representada com cores muitos vivas, isto é, o verde, o amarelo, o azul e o vermelho, que chamam a atenção do consumidor. Segundo a recorrente, o elemento figurativo da marca pedida, ou seja, um arco-íris verde, amarelo e azul que termina num coração vermelho situado entre a letra «o» e a letra «m» da palavra «omega», é igualmente um elemento distintivo.

26 Em quarto lugar, a recorrente afirma que é possível, para os consumidores espanhóis, proceder a uma comparação directa entre os produtos abrangidos pelas marcas em conflito. Segundo a recorrente, não se trata de comparar a margarina com todos os produtos alimentares pertencentes à classe 29, mas apenas de a comparar com o leite e os lacticínios e com os óleos e as gorduras comestíveis. O consumidor espanhol

pode comparar directamente, por exemplo, todas estas bebidas lácteas arrumadas umas ao lado das outras nas prateleiras e escolher em função da marca ou do preço do produto.

27 Por último, a recorrente observa que conferir a uma marca como a marca anterior, constituída pelo elemento «puleva-omega 3», um monopólio do elemento «omega 3» cria uma insegurança jurídica muito prejudicial, quando esta palavra deveria poder ser livremente utilizada (acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 e C-109/97, Colect., p. I-2779, n.º 25).

28 O IHMI responde que, uma vez que a recorrente não demonstrou em tempo útil que o elemento «omega 3» podia ser entendido como descritivo pelo público relevante espanhol, a Câmara de Recurso decidiu correctamente que este elemento era tão distintivo e dominante na marca anterior como o elemento «puleva». Todas as semelhanças entre os sinais em conflito apontam, segundo o IHMI, para que se decida a favor da sua semelhança. Visto que os produtos em causa são idênticos ou muito semelhantes, está justificada a existência de risco de confusão entre as marcas em conflito em Espanha.

29 Relativamente aos documentos apresentados pela recorrente no Tribunal, o IHMI observa que estes não foram apresentados na Câmara de Recurso e que, portanto, são, em princípio, inadmissíveis.

30 Desde logo, a interveniente sustenta que o elemento «omega 3» é, em si mesmo, dominante e distintivo, e desprovido de carácter descritivo ou usual. Segundo a interveniente, o elemento «omega 3» é eventualmente conhecido de um determinado público especializado, mas não é conhecido do público em geral, nomeadamente do consumidor médio espanhol não especializado.

31 Em seguida, a interveniente sustenta que existe uma semelhança evidente entre as duas marcas em conflito. Segundo a interveniente, o elemento «omega 3» é o elemento predominante em cada uma das marcas em conflito, uma vez que este elemento nominativo é o que o consumidor médio fixa imediatamente, tanto do ponto de vista visual como do ponto de vista fonético. O facto de a marca pedida conter um elemento figurativo não tem importância devido ao predomínio do elemento nominativo sobre o elemento figurativo.

32 Além disso, a interveniente observa que a recorrente limita a comparação entre os produtos abrangidos pelas marcas em conflito apenas ao sector dos lacticínios, dos óleos e das gorduras. Segundo a interveniente, independentemente da existência, no mercado, de outras marcas que contenham o elemento «omega 3», há uma grande semelhança entre os produtos abrangidos pelos sinais em causa.

33 Por último, a interveniente observa que os argumentos da recorrente dão lugar a uma recusa absoluta do registo da marca pedida. Assim, a Oficina Española de Patentes y Marcas recusou o registo da marca nominativa OMEGA 3 para produtos pertencentes à classe 30, que a interveniente tinha pedido, por considerar que o sinal em causa era constituído exclusivamente por indicações descritivas das características dos produtos.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

Quanto à admissibilidade de determinados documentos apresentados pela recorrente ao Tribunal

34 A recorrente apresenta, nos anexos 4 a 21, 24 a 27 e 33 da sua petição, elementos de facto que não foram apresentados ao IHMI, como decorre da consulta do processo na Câmara de Recurso remetido ao Tribunal nos termos do artigo 133.º, n.º 3,

do Regulamento de Processo. O Tribunal conclui que só os extractos de sítios da Internet que a recorrente incluiu no anexo 30 da sua petição foram apresentados durante o processo que correu perante as instâncias do IHMI.

35 Importa recordar aqui que, segundo jurisprudência assente, o recurso interposto para o Tribunal de Primeira Instância tem por finalidade a fiscalização da legalidade das decisões das Câmaras de Recurso, na acepção do artigo 63.º do Regulamento n.º 40/94. Ora, factos que foram invocados no Tribunal de Primeira Instância sem terem sido previamente alegados nas instâncias do IHMI só podem afectar a legalidade de tal decisão se o IHMI tivesse de os tomar oficiosamente em consideração. A este propósito, resulta do artigo 74.º, n.º 1, *in fine*, do Regulamento n.º 40/94, segundo o qual, num processo respeitante a motivos relativos de recusa de registo, o exame do IHMI se limitará às alegações de facto e aos pedidos apresentados pelas partes, que este não está obrigado a tomar em consideração, oficiosamente, factos que não tenham sido alegados pelas partes. Por conseguinte, tais factos não são susceptíveis de pôr em causa a legalidade de uma decisão da Câmara de Recurso [v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Julho de 2004, Samar/IHMI — Grotto (GAS STATION), T-115/03, Colect., p. II-2939, n.º 13, e de 21 de Abril de 2005, PepsiCo/IHMI — Intersnack Knabber-Gebäck (RUFFLES), T-269/02, Colect., p. II-1341, n.º 35].

36 Daqui decorre que os documentos apresentados pela recorrente nos anexos 4 a 21, 24 a 27 e 33 devem ser afastados sem que seja necessário examinar a sua força probatória.

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

37 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 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.

38 Por força do artigo 8.º, n.º 2, alínea a), ii), do Regulamento n.º 40/94, são consideradas marcas anteriores as marcas registadas num Estado-Membro cuja data de depósito seja anterior à do pedido de marca comunitária.

39 No caso em apreço, a marca anterior na qual a oposição se baseia está registada e protegida em Espanha. Por consequência, a fim de demonstrar a eventual existência de risco de confusão entre as marcas em conflito, há que ter em conta o ponto de vista do público relevante em Espanha.

40 Segundo jurisprudência assente, risco de confusão é o risco de que o público possa crer que os produtos ou os serviços em causa provêm da mesma empresa ou, eventualmente, de empresas economicamente ligadas. Segundo esta mesma jurisprudência, o risco de confusão deve ser apreciado globalmente, segundo a percepção que o público relevante tem dos sinais e dos produtos ou serviços em causa, tendo em conta todos os factores pertinentes do caso em apreço, nomeadamente a interdependência entre a semelhança dos sinais e dos produtos ou serviços designados [acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 2003, Laboratorios RTB/IHMI — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), T-162/01, Colect., p. II-2821, n.ºs 30 a 32 e jurisprudência aí referida].

41 Importa observar que a conclusão a que chegou a Câmara de Recurso na decisão impugnada, no que respeita à semelhança ou identidade dos produtos designados

pelos sinais em conflito, não é contestada pela recorrente. Entre as partes só é debatida a questão de saber se a Câmara de Recurso considerou com razão que os sinais em conflito eram globalmente semelhantes.

42 Por conseguinte, há que examinar a questão da semelhança entre os sinais em conflito.

43 É jurisprudência assente que uma marca complexa e uma outra marca que é idêntica ou que apresenta uma semelhança com um dos componentes da marca complexa só podem ser consideradas semelhantes se esse componente constituir o elemento dominante na impressão geral suscitada pela marca complexa. É o que acontece quando tal componente é susceptível de, por si só, dominar a imagem da referida marca que o público relevante retém na memória, de tal forma que todos os outros componentes da marca são negligenciáveis na impressão geral por ela suscitada [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 33, e de 4 de Maio de 2005, Chum/IHMI — Star TV (STAR TV), T-359/02, Colect., p. II-1515, n.º 44].

44 A recorrente alega que, na decisão impugnada, a Câmara de Recurso concluiu erradamente que existia risco de confusão entre as marcas em conflito, pelo facto de terem em comum o elemento nominativo «omega 3». Segundo a recorrente, contrariamente ao que foi referido na decisão impugnada, o elemento «omega 3» deve ser considerado descritivo das características dos produtos em causa e, por essa razão, é o termo «puleva» que constitui o elemento dominante da marca anterior. Logo, não existe, no presente caso, nenhum risco de confusão entre as duas marcas em conflito.

45 Importa observar a este respeito que, segundo a jurisprudência, se, ao analisar a impressão geral suscitada no público relevante pela marca pedida, um componente desprovido de carácter distintivo constituir o elemento dominante da referida marca,

quando os outros elementos figurativos e gráficos que a compõem são de natureza acessória, não apresentando nenhum aspecto, nomeadamente em termos de fantasia ou quanto ao modo como se combinam, que permita à marca em questão cumprir a sua missão essencial relativamente aos produtos e aos serviços a que o pedido de registo diz respeito, a marca pedida é na totalidade desprovida de carácter distintivo, na acepção do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, e deve ser recusado o seu registo (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Setembro de 2005, BioID/IHMI, C-37/03 P, Colect., p. I-7975, n.os 73 a 75).

46 Impõe-se a mesma conclusão, no que respeita a uma marca pedida cujo elemento dominante, na impressão geral suscitada no público relevante, consista num elemento nominativo inteiramente descritivo na acepção do artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 40/94, não causando os elementos figurativos que essa marca comporta uma impressão suficientemente forte no espírito do público relevante, de modo a prender a sua atenção, em detrimento do elemento nominativo descritivo, e conferir ao sinal em questão, considerado no seu todo, um efeito distintivo (v., neste sentido, conclusões do advogado-geral P. Léger no processo que deu lugar ao acórdão BioID/ /IHMI, já referido, Colect. 2005, p. I-7979, n.º 75).

47 Além disso, embora seja certo que o requerente de uma marca comunitária não pode, no âmbito de um processo de oposição, contestar a validade da marca anterior invocada em oposição pelo facto de o seu registo ser contrário ao artigo 7.º do Regulamento n.º 40/94 [v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Junho de 2004, BMI Bertollo/IHMI — Diesel (DIESELIT), T-186/02, Colect., p. II-1887, n.º 71], quando, pelo contrário, está em causa um motivo absoluto de recusa que obsta ao registo da marca comunitária pedida, o IHMI tem a faculdade de, paralelamente a um processo de oposição, reabrir o processo de exame a fim de verificar a eventual existência de tal motivo [v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Abril de 2003, Durferrit/IHMI — Kolene (NU-TRIDE), T-224/01, Colect., p. II-1589, n.º 73].

48 À luz destas considerações, o Tribunal considera que é necessário, no caso vertente, examinar desde logo se, na impressão geral suscitada no público relevante pela marca pedida, o elemento nominativo «omega 3» constitui o elemento dominante resultante da referida marca complexa, e isto independentemente do carácter descritivo ou não desse elemento.

49 Contrariamente ao que alega a recorrente, a Câmara de Recurso considerou correctamente, no n.º 15 da decisão impugnada, que o elemento nominativo «omega 3», escrito em caracteres de cor verde, de grandes dimensões e sombreados a amarelo, constitui o elemento dominante da marca pedida, na medida em que chamará em primeiro lugar a atenção do consumidor pela sua posição central na marca em questão. Ao invés, o elemento figurativo desta mesma marca, ou seja, o arco-íris verde, amarelo e azul que pende sobre o elemento «omega 3» e termina num coração vermelho, que está situado entre a letra «o» e a letra «m» da palavra «omega», é claramente de menor dimensão e, por isso, contribui pouco para o carácter distintivo da referida marca.

50 Nestas condições, o fundamento único invocado pela recorrente deve ser julgado improcedente, sem que seja necessário que o Tribunal se pronuncie sobre o carácter descritivo ou não, relativamente aos produtos visados pelas marcas em conflito, do elemento nominativo dominante «omega 3», no que respeita ao público espanhol. Com efeito, mesmo admitindo que este elemento seja descritivo, como alega a recorrente, a anulação da decisão impugnada por esse motivo conduziria necessariamente o IHMI, a quem incumbe extrair as consequências da parte decisória e da fundamentação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância [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; de 27 de Fevereiro de 2002, Eurocool Logistik/IHMI (EUROCOOL), T-34/00, Colect., p. II-683, n.º 12; e de 23 de Outubro de 2002, Institut für Lernsysteme/IHMI — Educational Services (ELS), T-388/00, Colect., p. II-4301, n.º 19], a reabrir o processo de exame do pedido de marca comunitária da recorrente e a indeferi-lo com base nas considerações expostas nos n.ºs 45 a 49, *supra*.

51 Ora, o recorrente não tem interesse legítimo algum na anulação de uma decisão, caso essa anulação só possa dar lugar a uma nova decisão que conduza ao mesmo resultado que a decisão anulada [v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 3 de Dezembro de 2003, Audi/IHMI (TDI), T-16/02, Colect., p. II-5167, n.º 97 e jurisprudência aí referida].

52 Pelo contrário, na hipótese de ser de considerar que o elemento «omega 3» não é descritivo, foi com razão que a Câmara de Recurso concluiu, na decisão impugnada, que existia risco de confusão entre as marcas em conflito, atendendo ao carácter dominante do elemento nominativo «omega 3» na marca pedida.

53 Há que constatar que a recorrente não apresenta, nesta hipótese, argumentos precisos para contestar a justeza da decisão da Câmara de Recurso.

54 Importa observar, de modo geral, que duas marcas são semelhantes quando, do ponto de vista do público relevante, exista entre elas uma igualdade, pelo menos parcial, no que respeita a um ou vários aspectos pertinentes (acórdão MATRATZEN, já referido, n.º 30). Conforme resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, são pertinentes os aspectos visual, fonético e conceptual. Além disso, a apreciação da semelhança entre duas marcas deve basear-se na impressão geral suscitada por estas, atendendo, designadamente, aos seus elementos distintivos e dominantes (v., por analogia, acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1997, SABEL, C-251/95, Colect., p. I-6191, n.º 23, e de 22 de Junho de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Colect., p. I-3819, n.º 25).

55 A este respeito, o Tribunal observa que, numa primeira análise, é de considerar que, no caso de o único elemento nominativo dominante de uma marca complexa ser idêntico, no plano visual e no plano fonético, a um dos dois únicos elementos que

constituem uma marca nominativa anterior e no caso de esses elementos, considerados em conjunto ou isoladamente, não terem, no plano conceptual, nenhum significado para o público em causa, devem as marcas em questão, vistas cada uma no seu conjunto, ser normalmente consideradas semelhantes na acepção do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94.

56 No caso em apreço, há que notar que, no plano visual e no plano fonético, o elemento «omega 3» é simultaneamente o segundo dos dois elementos que constituem a marca anterior (sendo o primeiro o elemento «puleva») e o único elemento nominativo da marca pedida, da qual constitui o elemento dominante (v. n.º 49, *supra*).

57 Se o público-alvo não considerar que o elemento «omega 3» é descritivo dos produtos em causa, este elemento será apreendido pelo público relevante como apresentando um carácter fantasista e intrinsecamente distintivo.

58 Uma vez que sucede o mesmo com o elemento «puleva», há que considerar que estes dois elementos têm um poder atractivo equivalente em relação ao público relevante e que, estando juntos na expressão «puleva-omega 3», serão apreendidos por esse público como dominantes em partes iguais, sem que o elemento «omega 3» perca o seu carácter distintivo.

59 Nestas circunstâncias, a Câmara de Recurso concluiu com razão que as marcas em conflito, consideradas cada uma no seu conjunto, tendo em conta, nomeadamente, os seus elementos distintivos e dominantes, eram semelhantes.

60 Atendendo ao exposto, o público relevante pode pensar que os produtos alimentares que ostentam a marca pedida podem provir da empresa titular da marca anterior. Por consequência, o grau de semelhança entre as marcas em conflito é suficiente para se poder considerar que existe risco de confusão entre elas.

61 Quanto à circunstância invocada pela recorrente, de que o consumidor espanhol poderá comparar directamente os produtos abrangidos pelas marcas em conflito, a mesma não pode afastar o risco de confusão assim demonstrado. Com efeito, nada permite afirmar que os produtos da recorrente e os da interveniente sejam comercializados, conforme sustenta a recorrente, uns ao lado dos outros. Pelo contrário, o Tribunal observa que é correcto considerar, conforme referiu a Câmara de Recurso na decisão impugnada, que o consumidor médio de produtos alimentares raramente tem a possibilidade de proceder a uma comparação directa das diferentes marcas. Assim, o consumidor que observa os produtos alimentares tem em consideração e fixa o elemento predominante do sinal que lhe permite, no caso de uma aquisição posterior, repetir a experiência. Ora, quando o público-alvo encontra produtos designados pela marca pedida, cujo elemento dominante é idêntico a um dos dois componentes da marca anterior, é muito provável que atribua a mesma origem comercial aos produtos em questão.

62 Nestas condições, há que julgar improcedente o fundamento único, relativo à violação do artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94.

63 Por conseguinte, deve ser negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

64 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas, em conformidade com o pedido do IHMI e da interveniente.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A Ekabe International SCA é condenada nas despesas.

Vilaras Dehousse Šváby

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 18 de Outubro de 2007.

O secretário O presidente

E. Coulon M. Vilaras