

ARRÊT DU TRIBUNAL (deuxième chambre)
15 janvier 2003 *

Dans l'affaire T-99/01,

Mystery Drinks GmbH, en liquidation judiciaire, établie à Eppertshausen (Allemagne), représentée par M^e T. Jestaedt, V. von Bomhard et A. Renck, avocats,

partie requérante,

contre

Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), représenté par MM. A. von Mühlendahl, B. Weggenmann et M^{me} C. Røhl Søberg, en qualité d'agents,

partie défenderesse, —

* Langue de procédure: l'allemand.

l'intervenant devant le Tribunal étant

Karlsberg Brauerei KG Weber, établie à Homburg (Allemagne), représentée par M^c R. Lange, avocat,

ayant pour objet un recours formé contre la décision de la troisième chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) du 12 février 2001 (affaire R 251/2000-3), concernant l'enregistrement du signe MYSTERY comme marque communautaire auquel a été opposé la marque nationale Mixery,

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (deuxième chambre),

composé de MM. R. M. Moura Ramos, président, J. Pirrung et A. W. H. Meij,
juges,

greffier: M^{me} D. Christensen, administrateur,

vu la requête déposée au greffe du Tribunal le 7 mai 2001,

vu le mémoire en réponse de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) déposé au greffe du Tribunal le 28 août 2001,

vu le mémoire en réponse de la partie intervenante déposé au greffe du Tribunal le 17 août 2001,

à la suite de l'audience du 18 septembre 2002,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

- 1 Le 25 octobre 1996, la requérante a présenté, en vertu du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1), tel que modifié, une demande de marque figurative communautaire à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (ci-après l'«Office»).
- 2 Le signe dont l'enregistrement est demandé est le signe reproduit ci-dessous:



- 2 Les produits pour lesquels l'enregistrement est demandé relèvent des classes 29, 30 et 32 au sens de l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que révisé et modifié, et correspondent, pour chacune de ces classes, à la description suivante:
- «en-cas, en particulier fruits séchés, noix, pommes chips et bâtonnets de pommes de terre», relevant de la classe 29;
 - «cacao, sucre, miel, mélasse et articles faits à partir de ces produits, en particulier bonbons et autres sucreries; pâtisserie et confiserie; glaces comestibles; chewing-gum», relevant de la classe 30;
 - «boissons non alcooliques, à l'exception des bières non alcooliques», relevant de la classe 32.
- 4 Cette demande a été publiée au *Bulletin des marques communautaires* n° 21/98, du 23 mars 1998.
- 5 Le 16 juin 1998, Karlsberg Brauerei KG Weber (ci-après la «partie intervenante») a formé une opposition, au titre de l'article 42 du règlement n° 40/94, à l'encontre de l'enregistrement de cette marque communautaire. Le motif invoqué à l'appui de l'opposition était le risque de confusion visé par l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, entre la marque demandée et une marque antérieure nationale dont la partie intervenante est la titulaire. La marque antérieure en question est le vocable Mixery enregistré en Allemagne sous le n° 395 02 709 pour désigner les produits suivants: «bières et boissons contenant de la bière», relevant de la classe 32.

- 6 Par décision du 4 février 2000, la division d'opposition a rejeté l'opposition.

- 7 Le 3 mars 2000, la partie intervenante a introduit un recours auprès de l'Office, au titre de l'article 59 du règlement n° 40/94, contre la décision de la division d'opposition.

- 8 Par décision du 12 février 2001 (ci-après la «décision attaquée»), qui a été notifiée à la requérante le 27 février 2001, la troisième chambre de recours a partiellement annulé la décision de la division d'opposition.

- 9 En substance, la chambre de recours a considéré qu'il existe un risque de confusion entre la marque antérieure et la marque demandée pour les produits relevant de la classe 32. Néanmoins, ce risque est écarté pour les produits relevant des classes 29 et 30.

Procédure et conclusions des parties

- 10 La requérante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— annuler la décision attaquée;

— condamner l'Office aux dépens.

11 L'Office conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— tenir compte des exposés des parties;

— répartir les dépens en fonction de l'issue de la procédure et, pour le surplus, ne pas mettre les dépens à sa charge.

12 La partie intervenante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal rejeter le recours.

13 Par lettre du 5 septembre 2002, la requérante a informé le Tribunal de sa faillite. En outre, il y a lieu de déduire de ses observations qu'elle entend poursuivre la procédure. Par ailleurs, la requérante n'était pas représentée lors de l'audience.

En droit

Observations liminaires

14 Il y a lieu de relever que, dans ses conclusions, l'Office n'a avancé de positions ni sur les prétentions de la requérante ni sur le sort de la décision attaquée.

- 15 À ce titre, les conclusions de l'Office sont irrecevables. Toutefois, la partie intervenante a conclu au rejet du recours. En conséquence, il y a lieu d'examiner le présent litige conformément à l'article 134, paragraphe 4, du règlement de procédure du Tribunal.

Sur le moyen unique tiré de la violation de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

Arguments des parties

- 16 La requérante estime qu'une marque telle que celle de la partie intervenante dont le caractère distinctif est faible doit jouir d'un domaine de protection restreint, notamment dans la mesure où le public pertinent associe la marque Mixery à des termes comme «mixen» (mélanger) ou «mix» (mélange), qui indiquent que la boisson constitue un mélange ou un cocktail. Une telle marque ne peut, même par un usage intensif, atteindre le statut d'une marque «réellement forte».
- 17 De plus, elle souligne que la renommée de la marque de la partie intervenante n'a jamais été démontrée de façon suffisante.
- 18 En outre, la requérante fait valoir que les arguments et les documents attestant de la notoriété de la marque Mixery n'ont pas été présentés dans le cadre de la procédure d'opposition et ne peuvent être présentés pour la première fois devant la chambre de recours. De même, elle soutient que la question du caractère distinctif élevé d'une marque est une question de droit. Ainsi la requérante estime que, conformément à l'article 74, paragraphe 1, deuxième phrase, du règlement n° 40/94, aucune contestation de sa part n'était nécessaire sur des faits qui par ailleurs n'ont pas été présentés correctement.

19 En ce qui concerne la comparaison des signes, la requérante fait valoir que:

- sur le plan typographique, les signes en conflit sont différents parce que leurs caractères centraux respectifs «IX» et «YST» diffèrent et que l'initiale «M» du signe MYSTERY présente une forme très stylisée;
- sur le plan phonétique, les signes sont différents; leurs syllabes respectives divergent considérablement; dans la première syllabe, le «i» de Mixery est plus court et plus clair que le «Y» de MYSTERY et, dans la seconde syllabe, le «ST» de MYSTERY se prononce différemment du «x» de Mixery, consonne rarement utilisée;
- sur le plan conceptuel, les signes en cause, qui ont un sens clair, diffèrent considérablement; le vocable MYSTERY évoque, en Allemagne, le terme «Mysterium»; en revanche, le signe Mixery renvoie manifestement au terme «mix» (mélange) ou «mixel» (mélanger).

20 La requérante ajoute que l'impression visuelle de la marque est primordiale car, dans les magasins, le client ne commande pas oralement le produit et que seule une infime partie de ces boissons est commandée dans des établissements à niveau sonore élevé où une consultation préalable de la carte exclut le risque de confusion. De plus, la boisson est normalement servie avec la bouteille sur laquelle figure la marque. Lorsque la boisson est tirée au tonneau, la marque apparaît sur le robinet ou encore sur le verre ou le sous-bock.

21 En ce qui concerne la comparaison des produits, la requérante estime qu'ils ne sont pas similaires. Les boissons non alcoolisées ne sont pas fabriquées sur les

mêmes sites que la bière et sont vendues dans des rayons nettement séparés. De plus, la différence déterminante entre les boissons tient au fait qu'elles contiennent ou non de l'alcool, eu égard aux restrictions liées à l'âge ou à la conduite de véhicule, et le consommateur y est donc très attentif.

- 22 En conclusion, la requérante estime qu'il n'existe pas de risque de confusion entre la marque demandée et la marque antérieure.
- 23 La partie intervenante avance que la marque Mixery a, du fait de sa notoriété, un caractère distinctif renforcé. Elle indique, à cet égard, les éléments susceptibles d'appuyer la reconnaissance de cette notoriété.
- 24 Elle fait valoir que, contrairement aux allégations de la requérante, la référence à un degré élevé de distinctivité avait déjà été évoquée dans le cadre de la procédure d'opposition et que cet élément a été correctement compris par la chambre de recours en ce sens qu'il s'agit d'une marque connue.
- 25 La partie intervenante souligne que la confusion sur le plan phonétique n'est écartée par la requérante que par une analyse artificielle basée sur une analyse fragmentée de la marque. De même, l'argument basé sur l'utilisation de la carte des boissons n'est pas pertinent dans la mesure où il ne fait que reporter le risque de confusion à un autre niveau.
- 26 Elle constate qu'il n'est pas possible d'affirmer que les produits ne sont pas similaires. À cet égard, la partie intervenante considère qu'il est inexact d'affirmer que les boissons non alcoolisées et les mélanges à base de bière sont fabriqués sur des sites de production différents.

- 27 Enfin, la partie intervenante fait valoir que les consommateurs ne sauraient être répartis en deux catégories distinctes dans la mesure où il existe un nombre important de consommateurs auxquels les deux produits s'adressent simultanément.

Appréciation du Tribunal

- 28 Aux termes de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, sur opposition du titulaire d'une marque antérieure, la marque demandée est refusée à l'enregistrement lorsque, «en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque antérieure et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services que les deux marques désignent, il existe un risque de confusion dans l'esprit du public du territoire dans lequel la marque antérieure est protégée; le risque de confusion comprend le risque d'association avec la marque antérieure».
- 29 Selon la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation de l'article 4, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1), dont le contenu normatif est, en substance, identique à celui de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, constitue un risque de confusion le risque que le public puisse croire que les produits ou les services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement (arrêts de la Cour du 29 septembre 1998, Canon, C-39/97, Rec. p. I-5507, point 29, et du 22 juin 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Rec. p. I-3819, point 17).
- 30 Selon cette même jurisprudence, le risque de confusion dans l'esprit du public doit être apprécié globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce (arrêts de la Cour du 11 novembre 1997, SABEL, C-251/95, Rec. p. I-6191, point 22; Canon, précité, point 16; Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 18, et du 22 juin 2000, Marca Mode, C-425/98, Rec. p. I-4861, point 40).

- 31 Cette appréciation globale implique une certaine interdépendance entre les facteurs pris en compte, telle qu'indiquée au septième considérant du règlement n° 40/94, et, notamment, la similitude des marques et celle des produits ou des services désignés. Ainsi, un faible degré de similitude entre les produits ou les services désignés peut être compensé par un degré élevé de similitude entre les marques, et inversement (arrêts Canon, précité, point 17, et Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 19).
- 32 En outre, la perception des marques qu'a le consommateur moyen des produits ou des services en cause joue un rôle déterminant dans l'appréciation globale du risque de confusion. Or, le consommateur moyen perçoit normalement une marque comme un tout et ne se livre pas à un examen de ses différents détails (arrêts SABEL, précité, point 23, et Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 25). Aux fins de cette appréciation globale, le consommateur moyen des produits concernés est censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Par ailleurs, il convient de tenir compte de la circonstance que le consommateur moyen n'a que rarement la possibilité de procéder à une comparaison directe des différentes marques, mais doit se fier à l'image imparfaite de celles-ci qu'il a gardée en mémoire. Il y a lieu également de prendre en considération le fait que le niveau d'attention du consommateur moyen est susceptible de varier en fonction de la catégorie de produits ou de services en cause (arrêt Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 26).
- 33 En l'espèce, il y a lieu de relever, à titre liminaire, que la chambre de recours a retenu, au point 32 de la décision attaquée, que la marque de la partie intervenante a un caractère distinctif plutôt élevé.
- 34 Cette constatation ne saurait être déduite des seuls éléments que contient la décision à ce sujet. En effet, le caractère distinctif élevé d'une marque doit être constaté soit au regard des qualités intrinsèques de la marque soit en raison de la notoriété qui lui est attachée. Or, d'une part, si la chambre a constaté que le caractère distinctif de la marque antérieure n'était pas affaibli par l'évocation

d'un terme descriptif et qu'il était suffisamment original pour exercer sa fonction de marque, elle n'a pas pour autant précisé quelles étaient les qualités intrinsèques de cette marque qui permettraient de qualifier ce caractère distinctif de plutôt élevé. D'autre part, il y a lieu de relever que, ainsi que la requérante l'a fait valoir en substance, les éléments pris des indications données par la partie intervenante, notamment la simple affirmation que la marque est «une boisson culte dans le milieu des jeunes branchés» et la seule référence à des pages Internet relatives notamment au parrainage publicitaire d'une soirée postérieure à la demande d'enregistrement, ne sauraient être retenus comme suffisants pour établir le caractère distinctif élevé de la marque antérieure découlant de la notoriété qui lui est attachée (voir, en ce sens, Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, points 22 et 23).

- 35 Dès lors, la constatation de la chambre de recours selon laquelle la marque de l'opposante a un caractère distinctif plutôt élevé doit être écartée sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres points relatifs à l'examen de la notoriété soulevés par la requérante.
- 36 Toutefois, l'erreur ainsi commise par la chambre de recours ne suffit à elle seule à entraîner l'invalidation de sa décision. En effet, le risque de confusion entre la marque demandée et la marque antérieure peut être établi sans référence au caractère distinctif élevé de la marque antérieure. Il convient donc d'examiner si la décision attaquée a, indépendamment de l'erreur susvisée, correctement établi un risque de confusion.
- 37 En l'espèce, étant donné que les boissons relevant de la classe 32 sont des produits de consommation courante et que la marque antérieure, sur laquelle était fondée l'opposition, est enregistrée et protégée en Allemagne, le public pertinent par rapport auquel l'analyse du risque de confusion doit s'effectuer est composé par le consommateur moyen de cet État membre.

38 Au vu de ces considérations, il s'agit de comparer, premièrement, les produits concernés et, deuxièmement, les signes en cause, afin de déterminer si l'enregistrement du signe MYSTERY est susceptible de donner lieu à un risque de confusion avec la marque antérieure Mixery.

39 En ce qui concerne, premièrement, la comparaison des produits, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, pour apprécier la similitude entre les produits ou services en cause, il y a lieu de tenir compte de tous les facteurs pertinents qui caractérisent leur rapport. Ces facteurs incluent, en particulier, leur nature, leur destination, leur utilisation ainsi que leur caractère concurrent ou complémentaire (arrêt Canon, précité, point 23).

40 À cet égard, la chambre de recours a constaté que la marque antérieure est protégée non seulement pour les bières, mais également pour des boissons mixtes contenant de la bière qui pourraient éventuellement être non alcoolisées. La chambre de recours a également constaté que les bières et les autres boissons peuvent provenir, notamment dans les phases de mises en bouteille et de commercialisation, des mêmes entreprises, peuvent être vendues côte à côte et ont la même destination. Par ailleurs, dans l'esprit des consommateurs, les boissons mixtes à base de bière pourraient se substituer autant aux bières qu'aux boissons non alcoolisées. Dès lors, la chambre de recours a conclu, à juste titre, que les produits concernés, relevant de la classe 32, sont similaires.

41 S'agissant des arguments de la requérante liés à l'attention particulière que le consommateur porte à la teneur en alcool des boissons, compte tenu des restrictions liées à l'âge et à la conduite automobile, ils ne sauraient être retenus dans la mesure où, ainsi que la chambre de recours l'a constaté, les différences entre certaines boissons du point de vue de la teneur en alcool (bières à taux réduit, bières sans alcool ou boissons mixtes) auraient tendance à s'estomper et n'empêcheraient pas le consommateur de considérer que les deux produits ont été fabriqués sous le contrôle de la même entreprise.

- 42 En ce qui concerne, deuxièmement, la comparaison de la marque et du signe demandé, il ressort de la jurisprudence que l'appréciation globale du risque de confusion doit, quant à la similitude visuelle, phonétique ou conceptuelle des marques en cause, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par celles-ci, en tenant compte, en particulier, de leurs éléments distinctifs et dominants (arrêts SABEL, précité, point 23, et Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 25). En outre, la Cour a considéré qu'il ne saurait être exclu que la seule similitude phonétique entre deux marques puisse créer un risque de confusion (voir, en ce sens, arrêt Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 28).
- 43 Il convient donc de comparer sur le plan visuel, phonétique et conceptuel le signe «MYSTERY», tel que reproduit au point 2 ci-dessus, et la marque Mixery.
- 44 Sur le plan visuel, force est de constater, ainsi que la chambre de recours l'a relevé, que les deux signes se distinguent facilement par leur graphisme, notamment parce que le signe MYSTERY se présente sous une forme figurative incluant notamment un «M» majuscule stylisé.
- 45 Sur le plan phonétique, la chambre de recours a constaté que, compte tenu des règles de prononciation de l'allemand et de l'anglais, dont le mot «Mystery» s'inspire, les points communs des éléments dominants de chaque signe sont prépondérants par rapport aux différences, ce qui entraîne une similitude des signes.
- 46 À cet égard, il n'y a pas lieu de retenir l'argument de la requérante lié à l'importance de ces différences. En effet, d'un point de vue phonétique ces différences ne peuvent être relevées, ainsi qu'il est avancé par la partie intervenante, que dans la mesure où la requérante procède à une analyse fragmentée, syllabe par syllabe, en omettant de rapporter la prononciation du mot dans son ensemble.

- 47 Conceptuellement, la chambre de recours a constaté que, malgré l'absence de similitude des signes en cause sur ce plan, le sens évocateur de ceux-ci n'est pas suffisamment direct et précis pour être perçu immédiatement par le consommateur et donc permettre de les distinguer avec certitude. À cet égard, il ne saurait effectivement être retenu que le public pertinent mène une analyse des signes suffisamment élaborée pour y découvrir cette éventuelle signification.
- 48 Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, et en particulier de la grande similitude des produits et de la similitude phonétique des signes en cause, il y a lieu de relever que la chambre de recours a conclu, à juste titre, qu'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public pertinent entre la marque demandée et la marque antérieure, au sens de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Cette conclusion ne saurait être infirmée par l'argumentation de la requérante selon laquelle l'impression visuelle est primordiale. En effet, il suffit qu'il existe un risque de confusion et non que la confusion soit établie. Dans la mesure où les produits en cause sont aussi consommés sur commande orale, la seule similitude phonétique des signes en cause suffit pour créer un risque de confusion.
- 49 Dans ces conditions, il y a lieu de rejeter le moyen tiré de la violation de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Le recours doit, dès lors, être rejeté.

Sur les dépens

- 50 En vertu de l'article 87, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement de procédure, le Tribunal peut décider que chaque partie supporte ses propres dépens si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs, ou pour des motifs exceptionnels.

- 51 En l'espèce, la requérante ayant succombé, l'Office ayant déposé des conclusions irrecevables et la partie intervenante n'ayant pas demandé leur condamnation aux dépens, il y a lieu d'ordonner que chacune des parties supportera ses propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (deuxième chambre)

déclare et arrête:

- 1) Le recours est rejeté.
- 2) Chaque partie supportera ses propres dépens.

Moura Ramos

Pirrung

Meij

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 15 janvier 2003.

Le greffier

Le président

H. Jung

R. M. Moura Ramos