

ARRÊT DU TRIBUNAL (deuxième chambre)

13 février 2007\*

Dans l'affaire T-256/04,

**Mundipharma AG**, établie à Bâle (Suisse), représentée par M<sup>e</sup> F. Nielsen, avocat,

partie requérante,

contre

**Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI)**, représenté initialement par M. B. Müller, puis par M. G. Schneider, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

l'autre partie à la procédure devant la chambre de recours de l'OHMI, intervenant devant le Tribunal, étant

\* Langue de procédure: l'allemand.

**Altana Pharma AG**, établie à Constance (Allemagne), représentée par M<sup>e</sup> H. Becker, avocat,

ayant pour objet un recours contre la décision de la deuxième chambre de recours de l'OHMI du 19 avril 2004 (affaire R 1004/2002-2), relative à une procédure d'opposition entre Mundipharma AG et Altana Pharma AG,

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

composé de MM. J. Pirrung, président, A. W. H. Meij et M<sup>me</sup> I. Pelikánová, juges,  
greffier: M<sup>me</sup> K. Andová, administrateur,

vu la requête déposée au greffe du Tribunal le 28 juin 2004,

vu le mémoire en réponse de l'OHMI déposé au greffe du Tribunal le 22 novembre 2004,

vu le mémoire en réponse de l'intervenante déposé au greffe du Tribunal le 22 novembre 2004,

à la suite de l'audience du 24 janvier 2006,

rend le présent

## Arrêt

### Antécédents du litige

- 1 Le 7 octobre 1998, l'intervenante a demandé à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) l'enregistrement en tant que marque communautaire du signe verbal RESPICUR (ci-après la «marque demandée»), 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.
- 2 Les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent de la classe 5 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 à la description suivante: «produits thérapeutiques pour les voies respiratoires».
- 3 Cette demande a été publiée au *Bulletin des marques communautaires* n° 45/1999 du 7 juin 1999.
- 4 Le 1<sup>er</sup> septembre 1999, la requérante, invoquant l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, a formé opposition à l'encontre de la demande d'enregistrement. L'opposition était fondée sur la marque verbale allemande n° 1155003

RESPICORT, déposée le 21 août 1989 et enregistrée le 1<sup>er</sup> mars 1990 pour les produits relevant de la classe 5 au sens de l'arrangement de Nice, correspondant à la description suivante: «produits pharmaceutiques et hygiéniques; emplâtres» (ci-après la «marque antérieure»).

- 5 Par décision du 30 octobre 2002, la division d'opposition a rejeté l'opposition. Elle a considéré que la requérante n'avait pas apporté la preuve de son titre de propriété de la marque antérieure ni celle de son utilisation. En outre, elle a conclu à l'inexistence du risque de confusion entre la marque demandée et la marque antérieure.
- 6 Le 12 décembre 2002, la requérante a formé un recours contre la décision de la division d'opposition.
- 7 Par décision du 19 avril 2004 (ci-après la «décision attaquée»), la deuxième chambre de recours a annulé la décision de la division d'opposition pour violation des formes substantielles, mais a, néanmoins, rejeté l'opposition dans son intégralité.
- 8 Dans la décision attaquée, la chambre de recours a estimé que la division d'opposition n'aurait pas dû rejeter l'opposition pour défaut de preuve du titre de propriété de la marque antérieure. Ensuite, elle a estimé que la requérante n'était pas parvenue à prouver l'usage de la marque antérieure, pour autant que nécessaire, et qu'il convenait de prendre en compte uniquement l'usage pour les «aérosols doseurs contenant des corticoïdes, délivrés uniquement sur ordonnance», qui n'avait pas été contesté par l'intervenante. Quant à l'existence d'un risque de confusion, la chambre de recours a constaté l'identité des produits en cause et l'existence d'une certaine similitude, contrebalancée cependant par des différences marquées entre les deux signes en conflit. Elle a considéré que les publics concernés respectivement par la marque antérieure et par la marque demandée se recoupaient uniquement au niveau du public professionnel, qui constituait alors le public concerné en l'espèce. Au vu des différences constatées, la chambre de recours a conclu à l'inexistence d'un risque de confusion entre la marque demandée et la marque antérieure.

## **Procédure et conclusions des parties**

9 Le 10 novembre 2005, le Tribunal a demandé aux parties de répondre à certaines questions. Les parties ont répondu aux questions du Tribunal dans le délai imparti.

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

- annuler la décision attaquée;
  
- condamner l'OHMI aux dépens.

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

- rejeter le recours;
  
- condamner la requérante aux dépens.

12 L'intervenante se rallie aux conclusions de l'OHMI.

## Sur la recevabilité

- 13 Dans leurs mémoires, tant la requérante que l'intervenante renvoient explicitement aux écrits déposés par elles dans le cadre de la procédure d'opposition devant l'OHMI. L'intervenante s'est également référée aux motifs contenus dans les décisions de la division d'opposition et de la chambre de recours.
- 14 Il convient d'observer à cet égard que, en vertu de l'article 21 du statut de la Cour de justice et de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure du Tribunal, la requête doit contenir un exposé sommaire des moyens invoqués. Selon la jurisprudence, cette indication doit être suffisamment claire et précise pour permettre à la partie défenderesse de préparer sa défense et au Tribunal de statuer sur le recours, le cas échéant, sans autre information à l'appui. Le Tribunal a jugé, par ailleurs, que, si le texte de la requête peut être étayé par des renvois à des passages déterminés de pièces qui y sont annexées, un renvoi global à d'autres écrits, même annexés à la requête, ne saurait pallier l'absence des éléments essentiels dans la requête et qu'il n'incombe pas au Tribunal de se substituer aux parties en essayant de rechercher les éléments pertinents dans les annexes (voir ordonnance du Tribunal du 29 novembre 1993, Koelman/Commission, T-56/92, Rec. p. II-1267, points 21 et 23, et arrêt du Tribunal du 21 mars 2002, Joynson/Commission, T-231/99, Rec. p. II-2085, point 154, et la jurisprudence citée). Cette jurisprudence est également transposable au mémoire en réponse de l'autre partie à une procédure d'opposition devant la chambre de recours intervenant devant le Tribunal, en vertu de l'article 46 du règlement de procédure, applicable en matière de propriété intellectuelle conformément à l'article 135, paragraphe 1, deuxième alinéa, de ce règlement [arrêt du Tribunal du 13 juillet 2004, AVEX/OHMI — Ahlers (a), T-115/02, Rec. p. II-2907, point 11].
- 15 La requête et le mémoire en réponse de l'intervenante, pour autant qu'ils renvoient aux écrits déposés respectivement par la requérante et par l'intervenante devant l'OHMI ainsi qu'aux décisions rendues par l'OHMI dans le cadre de la procédure

d'opposition, sont irrecevables, car le renvoi global qu'ils contiennent n'est pas rattachable aux moyens et aux arguments développés respectivement dans la requête et dans le mémoire en réponse de l'intervenante.

## Sur le fond

- 16 La requérante invoque un moyen unique, tiré de ce que la chambre de recours a violé l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 lorsqu'elle a conclu à l'inexistence du risque de confusion entre la marque demandée et la marque antérieure. Elle s'appuie en substance sur cinq éléments, à savoir la limitation des produits pris en compte pour la marque antérieure, la détermination du public concerné, la similitude entre les signes, le caractère distinctif de la marque antérieure et le fait que l'existence d'un risque de confusion entre les mêmes signes a été constaté par le Deutsches Patent- und Markenamt (Office des brevets et des marques allemand).

*Sur la limitation des produits considérés comme étant couverts par la marque antérieure et sur la similitude des produits*

## Décision attaquée

- 17 Au point 31 de la décision attaquée, la chambre de recours a estimé que, en réponse à la demande de l'intervenante présentée en vertu de l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94, la requérante n'avait pas apporté la preuve que la marque antérieure avait fait l'objet d'un usage sérieux en Allemagne. Elle en a conclu que,

pour l'appréciation de l'existence d'un risque de confusion, seuls les produits pour lesquels la preuve de l'usage sérieux n'avait pas été demandée par l'intervenante, à savoir les «aérosols doseurs contenant des corticoïdes, délivrés uniquement sur ordonnance», pouvaient être considérés comme étant couverts par la marque antérieure.

### Arguments des parties

- 18 La requérante ne conteste pas la conclusion de la chambre de recours selon laquelle l'usage sérieux de la marque antérieure n'a pas été prouvé. Cela étant, la chambre de recours aurait abusivement restreint sa liberté d'action économique en estimant que la marque antérieure pouvait uniquement être prise en compte pour autant qu'elle couvrait les «aérosols doseurs contenant des corticoïdes, délivrés uniquement sur ordonnance». En effet, une telle approche limiterait la protection de la marque antérieure aux produits effectivement commercialisés. Dans des cas similaires, la jurisprudence allemande aurait reconnu qu'il n'y avait pas lieu de restreindre la protection aux produits délivrés uniquement sur ordonnance.
- 19 La requérante estime à cet égard qu'il convient de considérer que l'usage de la marque antérieure a été prouvé pour les «produits thérapeutiques pour les voies respiratoires». En effet, au sens de l'arrêt du Tribunal du 14 juillet 2005, *Reckitt Benckiser (España)/OHMI — Aladin (ALADIN)* (T-126/03, Rec. p. II-2861, points 45 et 46), ce groupe constituerait une sous-catégorie distincte au sein de la catégorie générale des «produits pharmaceutiques».
- 20 L'OHMI se rallie à la position de la requérante en observant que, en vertu de l'arrêt ALADIN, précité, il convient de définir des sous-catégories en fonction des indications thérapeutiques du produit concerné. Il estime à cet égard que les «produits thérapeutiques pour les voies respiratoires» constituent une sous-catégorie convenable.

- 21 L'intervenante observe que, dans la mesure où la requérante a toujours la possibilité de commercialiser de nouveaux produits sous la marque antérieure en Allemagne, sa liberté économique n'est pas restreinte. Quant à l'application au cas d'espèce de l'arrêt ALADIN, précité, elle estime que la sous-catégorie appropriée est celle des «glucocorticoïdes».

### Appréciation du Tribunal

- 22 Aux termes de l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94:

«2. Sur requête du demandeur, le titulaire d'une marque communautaire antérieure qui a formé opposition apporte la preuve que, au cours des cinq années qui précèdent la publication de la demande de marque communautaire, la marque communautaire antérieure a fait l'objet d'un usage sérieux dans la Communauté pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée et sur lesquels l'opposition est fondée, ou qu'il existe de justes motifs pour le non-usage, pour autant qu'à cette date la marque antérieure était enregistrée depuis cinq ans au moins. À défaut d'une telle preuve, l'opposition est rejetée. Si la marque communautaire antérieure n'a été utilisée que pour une partie des produits ou des services pour lesquels elle est enregistrée, elle n'est réputée enregistrée, aux fins de l'opposition, que pour cette partie des produits ou services.

3. Le paragraphe 2 s'applique aux marques nationales antérieures visées à l'article 8, paragraphe 2, [sous] a), étant entendu que l'usage dans la Communauté est remplacé par l'usage dans l'État membre où la marque nationale antérieure est protégée.»

23 Selon la jurisprudence, il résulte des dispositions précitées que, si une marque a été enregistrée pour une catégorie de produits ou de services suffisamment large pour que puissent être distinguées, en son sein, plusieurs sous-catégories susceptibles d'être envisagées de manière autonome, la preuve de l'usage sérieux de la marque pour une partie de ces produits ou de ces services n'emporte protection, dans une procédure d'opposition, que pour la ou les sous-catégories dont relèvent les produits ou les services pour lesquels la marque a été effectivement utilisée. En revanche, si une marque a été enregistrée pour des produits ou des services définis de façon tellement précise et circonscrite qu'il n'est pas possible d'opérer des divisions significatives à l'intérieur de la catégorie concernée, alors, la preuve de l'usage sérieux de la marque pour lesdits produits ou services couvre nécessairement toute cette catégorie aux fins de l'opposition (arrêt ALADIN, précité, point 45).

24 En effet, si la notion d'usage partiel a pour fonction de ne pas rendre indisponibles des marques dont il n'a pas été fait usage pour une catégorie de produits donnée, elle ne doit néanmoins pas avoir pour effet de priver le titulaire de la marque antérieure de toute protection pour des produits qui, sans être rigoureusement identiques à ceux pour lesquels il a pu prouver un usage sérieux, ne sont pas essentiellement différents de ceux-ci et relèvent d'un même groupe qui ne peut être divisé autrement que de façon arbitraire. Il convient à cet égard d'observer qu'il est en pratique impossible au titulaire d'une marque d'apporter la preuve de l'usage de celle-ci pour toutes les variantes imaginables des produits concernés par l'enregistrement. Par conséquent, la notion de «partie des produits ou services» ne peut s'entendre de toutes les déclinaisons commerciales de produits ou de services analogues, mais seulement de produits ou de services suffisamment différenciés pour pouvoir constituer des catégories ou des sous-catégories cohérentes (arrêt ALADIN, précité, point 46).

25 Il convient d'observer que, si, en l'espèce, la requérante n'a pas prouvé l'usage sérieux de la marque antérieure pour quelques produits que ce soit, il n'en demeure pas moins que l'intervenante n'a pas demandé la preuve d'un tel usage en ce qui concerne les «aérosols doseurs contenant des corticoïdes, délivrés uniquement sur ordonnance». Or, ainsi que la chambre de recours l'a observé au point 25 de la décision attaquée, dans la mesure où, en vertu de l'article 43, paragraphe 2, du règlement n° 40/94, la preuve de l'usage de la marque sur laquelle est fondée l'opposition ne doit être apportée que sur requête du demandeur, il incombe à ce

dernier de déterminer l'étendue de sa demande de preuve. Dès lors, dans la mesure où la demande de preuve de l'intervenante ne visait pas les «aérosols doseurs contenant des corticoïdes, délivrés uniquement sur ordonnance», il n'est pas nécessaire de rechercher si la marque antérieure a fait l'objet d'un usage sérieux en Allemagne pour ces derniers produits.

- 26 Ensuite, il y a lieu de rappeler que la marque antérieure a été enregistrée pour les «produits pharmaceutiques et hygiéniques; emplâtres». Cette catégorie de produits est suffisamment large pour que puissent être distinguées, en son sein, plusieurs sous-catégories susceptibles d'être envisagées de manière autonome. Dès lors, le fait que la marque antérieure doit être considérée comme ayant été utilisée pour les «aérosols doseurs contenant des corticoïdes, délivrés uniquement sur ordonnance», n'emporte protection que pour la sous-catégorie dont relèvent ces derniers produits.
- 27 Dans la décision attaquée, la chambre de recours a estimé qu'il convenait de prendre la marque antérieure uniquement en considération pour autant qu'elle visait les produits pour lesquels l'usage sérieux n'a pas été contesté. Ainsi, elle a défini une sous-catégorie identique auxdits produits, à savoir les «aérosols doseurs contenant des corticoïdes, délivrés uniquement sur ordonnance».
- 28 Cette définition est incompatible avec l'article 43, paragraphe 2, du règlement n° 40/94, tel qu'interprété à la lumière de l'arrêt ALADIN, précité, et applicable aux marques nationales antérieures en vertu de l'article 43, paragraphe 3, du même règlement.
- 29 À cet égard, il convient d'observer que, dans la mesure où le consommateur recherche avant tout un produit ou un service qui pourra répondre à ses besoins spécifiques, la finalité ou la destination du produit ou du service en cause revêt un caractère essentiel dans l'orientation de son choix. Dès lors, dans la mesure où il est appliqué par les consommateurs préalablement à tout achat, le critère de finalité ou de destination est un critère primordial dans la définition d'une sous-catégorie de produits ou de services.

- 30 La finalité et la destination d'un produit thérapeutique sont exprimées par son indication thérapeutique. Or, la définition retenue par la chambre de recours n'est pas fondée sur ce critère dans la mesure où elle n'indique pas que les produits en cause sont destinés à traiter des troubles de santé et où elle ne précise pas la nature de ces troubles.
- 31 Il convient d'ajouter que les critères choisis par la chambre de recours, à savoir ceux de la forme galénique, la substance active et l'obligation d'une prescription par le médecin, sont en règle générale inappropriés pour définir une sous-catégorie de produits au sens de l'arrêt ALADIN, précité, dans la mesure où leur application ne respecte pas les critères susmentionnés de la finalité et de la destination des produits. En effet, une affection médicale déterminée peut souvent être traitée par plusieurs médicaments prenant différentes formes galéniques et contenant différentes substances actives, dont certains sont disponibles en vente libre tandis que d'autres sont soumis à prescription médicale.
- 32 Il s'ensuit que, en omettant de prendre en considération la finalité et la destination des produits en cause, la chambre de recours a retenu une sous-catégorie de produits arbitraire.
- 33 Pour les motifs exposés aux points 29 et 30 ci-dessus, la sous-catégorie des produits dont relèvent ceux pour lesquels l'usage sérieux n'a pas été contesté doit être déterminée sur la base du critère de l'indication thérapeutique.
- 34 La sous-catégorie proposée par l'intervenante, à savoir les «glucocorticoïdes», ne saurait être retenue. En effet, cette définition repose sur le critère de la substance active. Or, ainsi qu'il a été exposé au point 31 ci-dessus, un tel critère n'est généralement pas convenable à lui seul pour définir des sous-catégories des produits thérapeutiques.

- 35 En revanche, la définition proposée par la requérante et par l'OHMI, à savoir les «produits thérapeutiques pour les voies respiratoires», est appropriée dans la mesure où, d'une part, elle est fondée sur l'indication thérapeutique des produits en cause et où, d'autre part, elle permet de définir une sous-catégorie suffisamment précise au sens de l'arrêt ALADIN, précité.
- 36 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que la marque antérieure doit être réputée enregistrée, aux fins de la présente affaire, pour les «produits thérapeutiques pour les voies respiratoires».
- 37 Il convient encore d'observer que ce constat n'influe pas sur la conclusion de la chambre de recours, exprimée au point 38 de la décision attaquée et non contestée par les parties, selon laquelle les produits visés par les deux marques en conflit sont identiques.
- 38 Dès lors, néanmoins, que la décision attaquée indique que la protection de la marque antérieure ne s'applique qu'aux «aérosols doseurs contenant des corticoïdes, délivrés uniquement sur ordonnance», elle est entachée d'une erreur dont il convient d'examiner l'incidence s'agissant de l'appréciation par la chambre de recours de l'existence d'un risque de confusion.

### *Sur le public concerné*

### Arguments des parties

- 39 La requérante soutient que les produits thérapeutiques pour les voies respiratoires, qui sont visés selon elle par les deux marques en conflit, incluent, d'une part, des

produits disponibles en vente libre et, d'autre part, des produits délivrés sur ordonnance. Dès lors, le public concerné serait composé des professionnels de la médecine ainsi que des consommateurs finaux, à savoir les patients.

- 40 L'OHMI se rallie en principe à la position de la requérante, en précisant, d'une part, qu'il convient de prendre en compte les consommateurs allemands et, d'autre part, que les consommateurs finaux, qui sont des patients atteints d'une maladie respiratoire grave, feront preuve d'un degré d'attention moyen à élevé.
- 41 L'intervenante soutient que, les glucocorticoïdes étant tous délivrés sur ordonnance, le public visé par la marque antérieure est composé des professionnels de la médecine. Par conséquent, ce même public professionnel serait le public concerné en l'espèce. Elle ajoute que, en tout état de cause, les patients font preuve d'un degré particulièrement élevé d'attention dans le choix de produits thérapeutiques destinés aux troubles de santé graves tel que ceux en cause en l'espèce.

### Appréciation du Tribunal

- 42 À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, dans le cadre de l'appréciation globale du risque de confusion, il convient de prendre en compte le consommateur moyen de la catégorie de produits concernée, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Il y a également lieu 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 (voir, par analogie, arrêt de la Cour du 22 juin 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Rec. p. I-3819, points 25 et 26).

- 43 Ensuite, en premier lieu, il convient d'observer à l'instar de l'OHMI que le public concerné est composé des consommateurs allemands, la marque antérieure ayant été enregistrée en Allemagne.
- 44 En deuxième lieu, il n'est pas contesté en l'espèce que le public concerné par les produits visés par la marque demandée, à savoir les produits thérapeutiques pour les voies respiratoires, est constitué, d'une part, des patients en tant que consommateurs finaux et, d'autre part, des professionnels de la médecine.
- 45 En ce qui concerne les produits pour lesquels la marque antérieure est réputée être enregistrée, il s'ensuit des écrits des parties ainsi que de leurs réponses aux questions posées lors de l'audience que, parmi les produits thérapeutiques pour les voies respiratoires, certains sont délivrés uniquement sur ordonnance, tandis que d'autres sont disponibles en vente libre. Dès lors que certains de ces produits peuvent être achetés par les patients sans prescription médicale, il convient de considérer que le public visé par eux inclut, outre les professionnels de la médecine, les consommateurs finaux.
- 46 En troisième lieu, il convient d'observer, à l'instar de l'intervenante, que, de nombreuses maladies des voies respiratoires étant des affections graves, les patients qui en sont atteints seront généralement bien informés et particulièrement attentifs et avisés lorsqu'il s'agira de choisir le médicament approprié pour eux.
- 47 Il y a donc lieu de conclure que le public concerné est composé, d'une part, des professionnels de médecine allemands et, d'autre part, des patients allemands souffrant des maladies des voies respiratoires, ces derniers faisant généralement preuve d'un degré d'attention supérieur à la moyenne.

*Sur la similitude des signes*

## Arguments des parties

48 La requérante soutient que les mots «respicort» et «respicur» présentent un très haut degré de similitude en raison de leur longueur similaire et de ce que sept de leurs lettres sont identiques et placées dans le même ordre. Sur le plan phonétique, la différence entre les voyelles «o» et «u» serait très faible, et l'adjonction de la consonne «t» à la fin de «respicort» serait peu perceptible. En effet, les deux voyelles auraient une sonorité étouffée et produiraient donc un effet similaire. De surcroît, en allemand, le «t» final de «respicort» ne serait généralement pas prononcé ou ne le serait que faiblement, les lettres finales étant souvent «avalées». Dès lors, le «t» final ne serait pas perçu, d'autant plus que «respicort» ne serait pas un mot allemand, mais un terme fantaisiste, et que, de ce fait, il serait bien possible qu'il soit prononcé sans le «t» final. Sur le plan conceptuel, la requérante estime que les consommateurs concernés n'auront pas tendance à décomposer les marques en conflit en deux parties, à savoir, d'une part, «respi» et, d'autre part, «cur» ou «cort». Elle ajoute que, en tout état de cause, les consommateurs finaux concernés ne seront pas en mesure de comprendre la signification de ces éléments.

49 L'OHMI soutient que les marques en question ne présentent qu'un faible degré de similitude. Il expose à cet égard que l'élément «respi» sera compris par le public concerné comme étant descriptif et, de ce fait, ne sera pas perçu comme une indication d'origine commerciale. Il ne pourrait dès lors pas contribuer à établir une similitude entre les signes en question. L'élément «cort» serait perçu comme une référence aux corticoïdes par le public professionnel et par une partie des consommateurs finaux. De même, l'élément «cur» serait interprété par les mêmes groupes du public comme se référant aux mots «cure» ou «guérir».

50 L'OHMI poursuit en observant que les voyelles différentes «o» et «u» et la présence de la lettre finale «t» dans la marque antérieure créent une distance perceptible sur le plan visuel. Sur le plan phonétique, la marque demandée se terminerait par un son

long et grave dû à la combinaison des lettres «u» et «r». L'élément final de la marque antérieure serait en revanche caractérisé par le son dur de la lettre «t», qui serait prononcé par le public allemand. Sur le plan conceptuel, la différence existant entre les éléments finaux des deux signes serait de nature à neutraliser les éventuelles similitudes visuelles et phonétiques.

- 51 L'intervenante se rallie en principe à l'OHMI. Elle ajoute que, en ce qui concerne l'élément «respi», qui fait référence au mot «respiratoire», il convient de tenir compte de l'impératif de disponibilité lié à ce terme.

#### Appréciation du Tribunal

- 52 Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, l'appréciation globale du risque de confusion doit, en ce qui concerne la similitude visuelle, phonétique ou conceptuelle des signes en conflit, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par ceux-ci, en tenant compte, notamment, de leurs éléments distinctifs et dominants [voir arrêt du Tribunal du 14 octobre 2003, Phillips-Van Heusen/OHMI — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), T-292/01, Rec. p. II-4335, point 47, et la jurisprudence citée].
- 53 À cet égard, des différences conceptuelles séparant les marques en conflit peuvent être de nature à neutraliser dans une large mesure les similitudes visuelles et phonétiques existant entre ces marques. Une telle neutralisation, toutefois, requiert qu'au moins une des marques en cause ait, dans la perspective du public pertinent, une signification claire et déterminée, de sorte que ce public est susceptible de la saisir immédiatement, et que l'autre marque n'ait pas une telle signification ou qu'elle ait une signification entièrement différente (arrêt BASS, précité, point 54).

- 54 C'est à la lumière de ces règles qu'il convient d'examiner l'existence d'une similitude entre la marque demandée RESPICUR et la marque antérieure RESPICORT.
- 55 En premier lieu, il y a lieu de relever que les marques en cause sont similaires sur le plan visuel pour tous les consommateurs concernés en raison de ce qu'elles sont composées d'un seul mot, qu'elles ont une longueur similaire et qu'elles partagent les six premières lettres, «respic», et la huitième lettre, «r». Ni la différence entre les voyelles «u» et «o», au niveau de la septième lettre, ni l'adjonction de la neuvième lettre «t» à la fin de la marque antérieure ne sont de nature à écarter cette similitude visuelle.
- 56 En deuxième lieu, quant à la comparaison phonétique, les marques en conflit seront prononcées en trois syllabes, la prononciation des deux premières syllabes, «respi», étant identique dans les deux cas. La prononciation de la troisième syllabe, «cur» et «cort» respectivement, fait état à la fois des similitudes, véhiculées par la présence des consonnes «c» et «r», et des différences, dues à la distinction entre les voyelles «u» et «o», ainsi qu'à la lettre «t» de la marque antérieure. Cela étant, ces différences ne sont pas suffisantes pour contrebalancer l'identité des deux premières syllabes et la similitude due à la présence des consonnes «c» et «r» dans la prononciation de la troisième syllabe. Il y a donc lieu de conclure à une similitude phonétique.
- 57 En troisième lieu, en ce qui concerne la similitude conceptuelle, il convient d'observer d'abord que, si le consommateur moyen perçoit normalement une marque comme un tout et ne se livre pas à un examen de ses différents détails (arrêt Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 25), il n'en reste pas moins que, en percevant un signe verbal, il décomposera celui-ci en des éléments verbaux qui, pour lui, suggèrent une signification concrète ou qui ressemblent à des mots qu'il connaît [arrêt du Tribunal du 6 octobre 2004, Vitakraft-Werke Wührmann/OHMI — Krafft (VITAKRAFT), T-356/02, Rec. p. II-3445, point 51]. Dès lors, l'argument de la requérante tiré de ce que les marques en conflit ne seront pas décomposées par les consommateurs ne saurait être admis a priori, sans un examen des circonstances particulières de l'affaire.

- 58 Ensuite, il convient de relever que, en l'espèce, la perception conceptuelle des marques en conflit sera différente pour les deux groupes composant le public concerné. Le public professionnel, en raison de ses connaissances et de son expérience, sera généralement en mesure de comprendre la signification conceptuelle des termes auxquels font référence les différents éléments des marques en conflit, à savoir «respiratoire» pour «respi», «cure» ou «guérir» pour «cur» et «corticoïdes» pour «cort». Ainsi, en décomposant les deux marques en leurs éléments respectifs, ils interpréteront la marque demandée comme correspondant à une «cure pour les troubles respiratoires», et la marque antérieure comme désignant des «corticoïdes destinés aux voies respiratoires». Ces deux interprétations font état d'un certain écart conceptuel, la signification de la marque antérieure étant plus spécifique que celle de la marque demandée, mais elles partagent néanmoins l'idée générale liée à la respiration. Dès lors, si la différence conceptuelle affaiblit la similitude visuelle et phonétique constatée ci-dessus, elle n'est cependant pas suffisamment prononcée pour la neutraliser dans l'esprit du public professionnel.
- 59 Quant aux consommateurs finaux, il a été exposé ci-dessus que leur degré d'attention et de connaissances est supérieur à la moyenne en raison du caractère sérieux des affections dont ils souffrent. Dès lors, ils seront en mesure de distinguer, dans les deux marques en cause, l'élément «respi» et de comprendre son contenu conceptuel, qui fait référence à la nature générale de leurs troubles de santé. Cela étant, leurs connaissances limitées de la terminologie médicale ne leur permettront pas de discerner les références conceptuelles des éléments «cur» et «cort». Ainsi, sur le plan conceptuel, les marques en conflit seront similaires pour eux en raison de l'identité de l'élément «respi», seul élément présentant un contenu conceptuel clair et déterminé.
- 60 Les conclusions sur la perception des marques en conflit tirées ci-dessus ne sont pas remises en cause par l'argument de l'OHMI, selon lequel l'élément «respi» ne pourrait contribuer à aucune similitude des signes en raison de son caractère descriptif. En effet, en dépit de ce caractère, ledit élément, qui est placé en début des deux marques, occupe deux de leurs trois syllabes et est plus long que les deuxièmes éléments respectifs, participera dans une mesure non négligeable à l'impression d'ensemble produite par les signes en cause. En outre, en ce qui concerne le public

professionnel, il a été exposé ci-dessus que celui-ci percevrait tous les éléments des marques en conflit comme étant descriptifs de la destination ou du principe actif des produits en cause. Dès lors, ce dernier public n'aura pas tendance à accorder une importance particulière à un élément donné, mais percevra les deux marques dans leurs impressions conceptuelles globales respectives.

- 61 Enfin, l'argument de l'intervenante exposé au point 51 ci-dessus et relatif à l'impératif de disponibilité qui serait lié à l'élément «respi» ne saurait lui non plus modifier les conclusions sur la perception des marques en conflit tirées ci-dessus. En effet, la conclusion selon laquelle il existe une similitude entre les marques en conflit prises dans leur ensemble ne saurait être considérée comme aboutissant à une monopolisation de l'élément «respi».
- 62 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que les marques en conflit sont moyennement similaires pour le public professionnel et fortement similaires pour les consommateurs finaux. En effet, pour ces derniers, les marques sont similaires sur les plans visuel, phonétique et conceptuel. Le public professionnel percevra, en revanche, une certaine différence conceptuelle entre les deux marques, qui n'est cependant pas suffisante pour neutraliser entièrement la similitude visuelle et phonétique constatée.

*Sur le caractère distinctif de la marque antérieure et le risque de confusion*

#### Arguments des parties

- 63 La requérante soutient que le caractère distinctif de la marque antérieure est moyen. À cet égard, elle observe que «respicort» est un terme fantaisiste et que, si l'élément «respi» fait référence au terme «respiratoire», l'autre élément, «cort», ne se verra pas

attribuer par les consommateurs concernés une valeur descriptive, d'autant plus qu'il n'est pas isolé de l'autre élément et sera donc moins perceptible. Le caractère distinctif de la marque antérieure serait renforcé par la circonstance selon laquelle l'utilisation des «signes évocateurs» est courante dans le secteur des médicaments.

- 64 La requérante estime au total que, en l'espèce, les produits sont identiques, le degré de similitude est très haut et le caractère distinctif de la marque antérieure est moyen. Elle conclut à l'existence d'un risque de confusion entre la marque antérieure et la marque demandée.
- 65 L'OHMI soutient que la marque antérieure a un caractère distinctif très faible. Il expose que l'élément «respi» sera perçu généralement comme une référence au mot «respiratoire» et que l'élément «cort» sera perçu, tout au moins par le public professionnel, comme une référence aux «corticoïdes». La marque antérieure serait dès lors composée exclusivement d'éléments descriptifs. L'OHMI observe également que la requérante n'étaye pas sa thèse sur l'utilisation courante des «signes évocateurs» dans le secteur des médicaments.
- 66 Il conclut que, en raison de la faible similitude entre les signes et du caractère distinctif faible de la marque antérieure, l'existence d'un risque de confusion doit être exclue en l'espèce.
- 67 L'intervenante se rallie à la position de l'OHMI. Elle ajoute que le caractère distinctif faible de la marque antérieure est confirmé par la multitude des marques enregistrées comportant les éléments «respi» et «cort».

## Appréciation du Tribunal

- 68 Selon une jurisprudence constante, 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.
- 69 Selon cette même jurisprudence, le risque de confusion doit être apprécié globalement, selon la perception que le public pertinent a des signes et des produits en cause, et en tenant compte de tous les facteurs pertinents en l'espèce, notamment de l'interdépendance entre la similitude des signes et celle des produits ou des services désignés [voir arrêts du Tribunal du 9 juillet 2003, *Laboratorios RTB/OHMI — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS)*, T-162/01, Rec. p. II-2821, points 29 à 33, et du 22 juin 2004, *Ruiz-Picasso e.a./OHMI — DaimlerChrysler (PICARO)*, T-185/02, Rec. p. II-1739, points 49 et 50, et la jurisprudence citée].
- 70 Il a été constaté ci-dessus, d'une part, que les produits en cause étaient identiques et, d'autre part, que les marques en conflit étaient moyennement similaires pour le public professionnel et fortement similaires pour les consommateurs finaux.
- 71 En ce qui concerne le caractère distinctif de la marque antérieure, il convient d'observer que celle-ci sera comprise comme étant descriptive par les deux parties du public concerné, quoique à des degrés différents. En effet, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus lors de l'examen de la similitude conceptuelle, le public professionnel percevra les deux éléments comme étant descriptifs de la finalité et de la substance active du produit en cause, tandis que les consommateurs finaux n'attribueront pas de sens conceptuel déterminé à l'élément «cort», tout en étant en mesure de comprendre la référence opérée par l'élément «respi».

- 72 Dès lors, la marque antérieure peut être considérée comme présentant un caractère distinctif affaibli pour le public concerné, notamment pour les professionnels de la médecine. À cet égard, la thèse de la requérante sur l'utilisation fréquente des «signes évocateurs» dans le secteur des produits thérapeutiques ne saurait être accueillie dans la mesure où, d'une part, elle n'a pas été étayée de quelque manière que ce soit et où, d'autre part, la requérante n'explique pas la pertinence de cette circonstance en ce qui concerne le cas concret de la marque antérieure.
- 73 Or, si, en raison, d'une part, de l'interdépendance des facteurs pertinents pour l'appréciation du risque de confusion et, d'autre part, de ce que ce risque est d'autant plus élevé que le caractère distinctif de la marque sur laquelle l'opposition se fonde s'avère important (arrêt Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 20), le caractère distinctif faible de la marque antérieure permet d'exclure l'existence du risque de confusion pour le public professionnel, cette circonstance n'est pas suffisante en ce qui concerne les consommateurs finaux, pour lesquels les marques en conflit sont fortement similaires.
- 74 Dès lors, il convient de conclure à l'existence d'un risque de confusion entre la marque demandée et la marque antérieure dans l'esprit du consommateur final allemand. Par conséquent, il y a lieu d'accueillir le moyen unique et, de ce fait, d'annuler la décision attaquée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la pertinence pour la présente affaire de la décision du Deutsches Patent- und Markenamt invoquée par la requérante.

### **Sur les dépens**

- 75 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. L'OHMI ayant

succombé, il y a lieu de le condamner à supporter, outre ses propres dépens, les dépens exposés par la requérante, dans la limite des conclusions de celle-ci. La requérante, en effet, n'ayant pas conclu à ce que l'intervenante soit condamnée aux dépens, supportera ses dépens relatifs à l'intervention. Enfin, l'intervenante supportera ses propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (deuxième chambre)

déclare et arrête:

- 1) **La décision de la deuxième chambre de recours de l'Office de l'Harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) du 19 avril 2004 (affaire R 1004/2002-2) est annulée.**
  
- 2) **L'OHMI supportera ses propres dépens ainsi que ceux exposés par la requérante, sauf ceux ayant trait à l'intervention.**
  
- 3) **La requérante supportera ses dépens relatifs à l'intervention.**

**4) L'intervenante supportera ses propres dépens.**

Pirrung

Meij

Pelikánová

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 13 février 2007.

Le greffier

E. Coulon

Le président

A.W.H. Meij

