

ARRÊT DU TRIBUNAL (cinquième chambre)

17 octobre 2006 *

Dans l'affaire T-483/04,

Armour Pharmaceutical Co., établie à Bridgewater, New Jersey (États-Unis),
représentée par M^e R. Gilbey, avocat,

partie requérante,

contre

**Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et
modèles) (OHMI)**, représenté par M^{me} S. Pétrequin, en qualité d'agent,

partie défenderesse,

l'autre partie à la procédure devant la chambre de recours de l'OHMI ayant été

Teva Pharmaceutical Industries Ltd, établie à Jérusalem (Israël),

* Langue de procédure: le français.

ayant pour objet un recours formé contre la décision de la quatrième chambre de recours de l'OHMI du 7 septembre 2004 (affaire R 295/2003-4), relative à une procédure d'opposition entre Armour Pharmaceutical Co. et Teva Pharmaceutical Industries Ltd,

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

composé de M. M. Vilaras, président, M^{mes} M. E. Martins Ribeiro et K. Jürimäe, juges,

greffier: M^{me} K. Poheć, administrateur,

vu la requête déposée au greffe du Tribunal le 8 décembre 2004,

vu le mémoire en réponse déposé au greffe du Tribunal le 2 mai 2005,

à la suite de l'audience du 31 janvier 2006,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

- ¹ Le 12 avril 2000, Teva Pharmaceutical Industries Ltd 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 d'enregistrement de marque communautaire à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI).

- 2 La marque dont l'enregistrement a été demandé est le signe verbal GALZIN.

- 3 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 pharmaceutiques pour le traitement de la maladie de Wilson».

- 4 Le 2 janvier 2001, la demande de marque a été publiée au *Bulletin des marques communautaires* n° 2/2001.

- 5 Le 28 mars 2001, Armour Pharmaceutical Co. a formé une opposition, au titre de l'article 42 du règlement n° 40/94, à l'encontre de l'enregistrement de la marque demandée pour l'intégralité des produits visés par cette dernière, en invoquant sa marque verbale antérieure CALSYN, enregistrée en France le 3 février 1983 sous le n° 1 226 303 pour les produits relevant de la classe 5 au sens de l'arrangement de Nice et correspondant à la description suivante: «produits pharmaceutiques et médicaux et plus particulièrement préparations à base de calcium».

- 6 Le motif invoqué à l'appui de l'opposition était le risque de confusion visé à l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

- 7 Par décision du 28 février 2003, la division d'opposition de l'OHMI a accueilli l'opposition et a rejeté la demande de marque dans son intégralité.
- 8 Le 17 avril 2003, l'autre partie devant la chambre de recours a formé un recours auprès de l'OHMI, au titre des articles 57 à 62 du règlement n° 40/94, contre la décision de la division d'opposition.
- 9 Par décision du 7 septembre 2004 (ci-après la «décision attaquée»), la quatrième chambre de recours de l'OHMI a accueilli le recours et annulé la décision de la division d'opposition, en ordonnant à la requérante de supporter les frais. En substance, la chambre de recours a considéré que, en vertu de l'article 43, paragraphe 2, in fine du règlement n° 40/94, la marque antérieure était réputée enregistrée pour des «produits pharmaceutiques à base de calcium», que cette conclusion de la décision de la division d'opposition n'avait pas été contestée par les parties et qu'elle la partageait. En outre, selon la décision attaquée, bien qu'il existe un certain degré de similarité entre les produits et entre les marques, celui-ci est insuffisant pour entraîner, dans l'esprit du public français, un risque de confusion entre les produits mis en vente sous chacune de ces marques, compte tenu, d'une part, des différences des signes en conflit, notamment du point de vue phonétique, et, d'autre part, du fait que les produits en cause ne sont pas destinés à traiter les mêmes troubles. Enfin, la chambre de recours a considéré que, étant donné la nature des produits, le public englobant à la fois les consommateurs de médicaments et les professionnels de la médecine porterait une attention particulière aux signes identifiant les produits.

Conclusions des parties

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

— annuler la décision attaquée;

— confirmer la décision de la division d'opposition;

— condamner l'OHMI aux dépens.

- 11 L'OHMI s'en remet à l'appréciation du Tribunal afin de déterminer s'il existe ou non un risque de confusion entre les marques en cause. Dans l'hypothèse où le Tribunal considérerait qu'il n'existe pas de risque de confusion chez les consommateurs français, l'OHMI conclut à ce qu'il plaise au Tribunal rejeter le recours et condamner la requérante aux dépens. Dans l'hypothèse où le Tribunal estimerait qu'il existe un risque de confusion chez les consommateurs français, l'OHMI conclut à ce qu'il plaise au Tribunal annuler la décision attaquée et condamner l'autre partie devant la chambre de recours, si elle comparait, aux dépens, ou déclarer que chaque partie supportera ses propres frais.

Sur la recevabilité des conclusions de l'OHMI

- 12 En vertu de l'article 113 du règlement de procédure du Tribunal, celui-ci peut à tout moment, d'office, examiner les fins de non-recevoir d'ordre public.

- 13 Il convient de rappeler la jurisprudence selon laquelle rien ne s'oppose à ce que l'OHMI se rallie à une conclusion de la partie requérante ou encore se contente de s'en remettre à la sagesse du Tribunal, tout en présentant tous les arguments qu'il estime appropriés pour éclairer le Tribunal [arrêts du Tribunal du 30 juin 2004, *GE Betz/OHMI — Atofina Chemicals (BIOMATE)*, T-107/02, Rec. p. II-1845, point 36, et du 25 octobre 2005, *Peek & Cloppenburg/OHMI (Cloppenburg)*, T-379/03, Rec. p. II-4633, point 22]. En revanche, il ne peut pas formuler des conclusions visant à l'annulation ou à la réformation de la décision de la chambre de recours sur un point

non soulevé dans la requête ou présenter des moyens non soulevés dans la requête (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 12 octobre 2004, Vedral/OHMI, C-106/03 P, Rec. p. I-9573, point 34, et arrêt Cloppenburg, précité, point 22).

- ¹⁴ Il résulte de cette jurisprudence, qu'il y a lieu, dans le cas d'espèce, d'examiner la légalité de la décision attaquée au regard des moyens soulevés dans la requête, en tenant compte également des arguments mis en avant par l'OHMI.

Sur le fond

- ¹⁵ À l'appui de son recours, la requérante invoque deux moyens, respectivement tirés d'une violation de l'article 43, paragraphes 2 et 3, et de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

Sur le premier moyen, tiré d'une violation de l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94

Arguments des parties

- ¹⁶ La requérante fait valoir qu'elle a fourni la preuve, lors de la procédure d'opposition, que sa marque antérieure CALSYN était exploitée pour des produits pharmaceutiques à base de calcium, bien qu'elle couvre les produits pharmaceutiques et médicaux en général désignés dans la classe 5 au sens de l'arrangement de Nice. En

ne prenant en compte aux fins de l'opposition que les produits pharmaceutiques à base de calcium, la chambre de recours aurait violé l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94.

17 En substance, la requérante estime qu'il est concevable que, lorsque la marque antérieure désigne un ensemble de produits et de services de nature différente, l'équité impose de ne prendre en considération, aux fins de l'opposition, que le domaine dans lequel la marque ayant plus de cinq ans est exploitée afin d'éviter l'invocation abusive de marques désignant l'ensemble d'une ou de plusieurs classes. Cependant, dès lors que le produit spécifique pour lequel l'exploitation est prouvée relève d'une catégorie précise revendiquée dans l'enregistrement, limiter les produits pris en compte au produit spécifique aurait un effet restrictif disproportionné. Tel serait le cas en l'espèce, les produits pharmaceutiques à base de calcium entrant dans des produits pharmaceutiques.

18 Selon la requérante, une interprétation aussi restrictive de l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94 que celle retenue par la chambre de recours n'est pas conforme à la définition du droit de propriété donnée par les législations harmonisées sur les marques et elle est discriminatoire par rapport à la portée accordée dans une procédure d'opposition à un enregistrement non exploité ayant moins de cinq ans.

19 L'OHMI expose, d'abord, les principes régissant la question de la preuve de l'usage d'une marque. À cet égard, il fait valoir que, lorsqu'une marque est enregistrée pour l'ensemble des indications générales des intitulés d'une classe donnée et qu'elle a été utilisée pour des produits ou des services spécifiques compris dans la même classe, il convient de considérer en principe que la marque a fait l'objet d'un usage pour ces produits ou ces services spécifiques. Il serait également possible de considérer que la marque a fait l'objet d'un usage pour une sous-catégorie distincte, s'il est possible d'en établir une, lorsque les produits ou les services spécifiques possèdent des caractéristiques communes suffisantes. L'OHMI ajoute, toutefois, que ce type de

généralisation doit être effectué avec la plus grande prudence, sans perdre de vue que la protection de la marque antérieure n'est justifiée que dans la mesure où elle a réellement été utilisée.

- 20 En l'espèce, l'OHMI fait observer que la marque antérieure est enregistrée pour des «produits pharmaceutiques et médicaux et plus particulièrement des préparations à base de calcium» et que son usage a été prouvé pour des produits pharmaceutiques à base de calcium seulement, la requérante ayant elle-même identifié séparément dans le libellé des produits de sa marque les préparations à base de calcium.
- 21 La requérante ne saurait donc reprocher à la division d'opposition et à la chambre de recours d'avoir considéré que sa marque était enregistrée uniquement pour des produits pharmaceutiques à base de calcium aux fins de l'examen de l'opposition. Selon l'OHMI, considérer que la marque antérieure est exploitée pour toute la catégorie des produits pharmaceutiques alors qu'elle n'est précisément exploitée que pour un produit très particulier conférerait une protection indue à la marque antérieure et serait contraire aux principes posés par l'article 43, paragraphe 2, du règlement n° 40/94.
- 22 En tout état de cause, l'OHMI affirme que la décision attaquée ne présente aucune lacune dès lors que la requérante n'a pas formé de recours sur ce point à l'encontre de la décision de la division d'opposition et n'a pas soulevé cet argument devant la chambre de recours.

Appréciation du Tribunal

- 23 Ainsi qu'il découle du neuvième considérant du règlement n° 40/94, le législateur a considéré que la protection d'une marque antérieure n'est justifiée que dans la

mesure où celle-ci a effectivement été utilisée. En conformité avec ce considérant, l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94 prévoit que le demandeur d'une marque communautaire peut requérir la preuve que la marque antérieure a fait l'objet d'un usage sérieux sur le territoire sur lequel elle est protégée au cours des cinq années qui précèdent la publication de la demande de marque ayant fait l'objet d'une opposition [arrêts du Tribunal du 12 décembre 2002, *Kabushiki Kaisha Fernandes/OHMI — Harrison (HIWATT)*, T-39/01, Rec. p. II-5233, point 34, et du 6 octobre 2004, *Vitakraft-Werke Wührmann/OHMI — Krafft (VITAKRAFT)*, T-356/02, Rec. p. II-3445, point 25].

24 En vertu de la règle 22, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 2868/95 de la Commission, du 13 décembre 1995, portant modalités d'application du règlement n° 40/94 (JO L 303, p. 1), la preuve de l'usage doit porter sur le lieu, la durée, l'importance et la nature de l'usage qui a été fait de la marque antérieure [arrêt *VITAKRAFT*, précité, point 27].

25 En l'espèce, il est constant que la marque antérieure a été enregistrée pour des «produits pharmaceutiques et médicaux et plus particulièrement des préparations à base de calcium» appartenant à la classe 5, au sens de l'arrangement de Nice. Il n'est pas non plus contesté que, sur demande de l'autre partie devant la chambre de recours, la requérante a rapporté la preuve de l'usage sérieux de la marque antérieure par des documents faisant état de son utilisation effective pour la commercialisation de produits pharmaceutiques, et plus précisément de ceux à base de calcium.

26 Or, il y a lieu d'interpréter l'article 43, paragraphe 2, dernière phrase, du règlement n° 40/94, ainsi que l'article 43, paragraphe 3, de ce même règlement, lequel fait application des dispositions de l'article 43, paragraphe 2, au cas des marques nationales antérieures, comme visant à éviter qu'une marque utilisée de manière partielle jouisse d'une protection étendue au seul motif qu'elle a été enregistrée pour une large gamme de produits ou de services. Ainsi, lors de l'application de ces dispositions, il convient de tenir compte de l'étendue des catégories de produits ou

de services pour lesquelles la marque antérieure a été enregistrée, notamment de la généralité des termes employés à cette fin pour décrire lesdites catégories, et ce au regard des produits ou des services dont l'usage sérieux a, par hypothèse, effectivement été établi [arrêt du Tribunal du 14 juillet 2005, Reckitt Benckiser (España)/OHMI — Aladin (ALADIN), T-126/03, Rec. p. II-2861, point 44].

27 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).

28 À cet égard, il convient de rappeler que la marque antérieure a été enregistrée pour des «produits pharmaceutiques et médicaux et plus particulièrement des préparations à base de calcium». Cette description comprend à l'évidence une catégorie de produits suffisamment vaste, à savoir les produits pharmaceutiques en général, pour que l'on puisse distinguer en son sein différentes sous-catégories susceptibles d'être envisagées de manière autonome. En effet, la notion de produit pharmaceutique comprend des produits suffisamment différents quant à leur destination et à leurs consommateurs finaux, en fonction de leurs indications thérapeutiques spécifiques, ainsi que quant à leurs canaux de distribution, selon qu'ils sont soumis à prescription médicale ou en vente libre, pour que l'on puisse définir en son sein diverses sous-catégories. Au demeurant, la requérante a elle-même identifié séparément dans le libellé des produits de sa marque la sous-catégorie correspondant aux «préparations à base de calcium».

29 Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que la preuve de l'usage sérieux de la marque antérieure a été rapportée uniquement pour une partie des produits ou des services relevant d'une large catégorie de produits susceptible de comprendre différentes sous-catégories autonomes.

30 Il s'ensuit qu'en prenant en compte, aux fins de l'examen de l'opposition, les seuls «produits pharmaceutiques à base de calcium», la chambre de recours a fait une application correcte de l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94.

31 Cette conclusion n'est pas remise en cause par les arguments de la requérante.

32 D'abord, la requérante fait observer, en substance, que, s'il est équitable, dans les cas où la marque antérieure désigne un ensemble de produits et de services de nature différente, de prendre en considération, aux fins de l'opposition, le domaine dans lequel la marque ayant plus de cinq ans est exploitée, afin d'éviter l'invocation abusive de marques désignant l'ensemble d'une ou de plusieurs classes, il est néanmoins disproportionné de restreindre cette prise en considération uniquement au produit spécifique à l'intérieur d'une catégorie.

33 À cet égard, premièrement, le Tribunal estime que l'article 43, paragraphe 2, du règlement n° 40/94 fait référence aux produits et aux services, et non aux catégories ou aux classes de produits pour lesquelles la marque est enregistrée. Deuxièmement, l'expression «produits pharmaceutiques à base de calcium», lesquels ont été pris en compte aux fins de l'examen de l'opposition, ne vise pas uniquement un produit spécifique mais une sous-catégorie autonome et suffisamment large, ce qui ne saurait être qualifié de restriction disproportionnée dans le cas de l'espèce. Ainsi que cela ressort des points 29 et 30 ci-dessus, cette position est conforme à la jurisprudence du Tribunal.

34 Ensuite, s'agissant de l'argument de la requérante selon lequel une interprétation aussi restrictive de l'article 43, paragraphe 2, du règlement n° 40/94 serait discriminatoire par rapport à la portée accordée dans une procédure d'opposition à un enregistrement non exploité ayant moins de cinq ans, le Tribunal estime qu'il suffit de constater qu'aucune discrimination n'est décelable dans la mesure où les deux situations ne sont pas comparables. En effet, la preuve de l'usage sérieux d'une marque enregistrée depuis moins de cinq ans n'est pas requise, précisément parce que cette période de cinq ans vise à permettre l'exploitation commerciale de la marque. Conformément à l'article 50 du règlement n° 40/94, ce n'est qu'à l'expiration d'une période ininterrompue de cinq ans pendant laquelle la marque n'a pas fait l'objet d'un usage sérieux dans la Communauté pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée que sa déchéance pour absence d'usage sérieux peut être déclarée.

35 À la lumière de ce qui précède, il y a lieu de rejeter le premier moyen comme non fondé.

Sur le second moyen, tiré d'une violation de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94

Arguments des parties

36 En premier lieu, la requérante conteste la conclusion de la chambre de recours selon laquelle il n'y a pas un degré suffisant de similitude entre les produits en cause.

37 Selon la requérante, les deux types de produits en présence sont des produits pharmaceutiques similaires, issus des mêmes types de fabricants et produits et distribués dans les mêmes circuits. L'un serait décrit par référence au principe actif

et l'autre par référence à l'indication thérapeutique. Il aurait appartenu à l'autre partie devant la chambre de recours de démontrer que, nonobstant cette similitude a priori, la réalité des conditions de prescription et de consommation des deux produits écarte tout risque que le consommateur soit confronté aux deux simultanément. Or, aucune preuve dans ce sens n'aurait été fournie. De même, la preuve n'aurait pas été apportée que la forme galénique et le mode d'administration des produits écarteraient tout risque de confusion.

38 La requérante ajoute qu'il ne suffisait pas de constater, pour écarter le risque de confusion, que deux produits pharmaceutiques sont destinés à traiter des affections différentes. Il appartenait à l'autre partie devant la chambre de recours de démontrer, et à celle-ci de s'assurer, qu'un même malade ne pourrait pas se voir prescrire, ou consommer, les deux traitements de manière simultanée, ce qui n'a pas été fait.

39 En deuxième lieu, la requérante fait valoir que la chambre de recours a omis de définir le public à prendre en compte et d'apprécier le risque de confusion par rapport à celui-ci. Elle rappelle que, dans le domaine du médicament, le public à prendre en compte est constitué par l'ensemble de la population, incluant, d'une part, les professionnels de la santé tels que les médecins, les pharmaciens et les infirmières et, d'autre part, toutes les personnes susceptibles de consommer des produits pharmaceutiques, y compris celles qui ont déjà des facultés visuelles, cognitives ou intellectuelles réduites et qui peuvent encore être affaiblies par la maladie.

40 En outre, la requérante soutient que le risque de confusion dans l'esprit du public n'existe pas seulement au moment de l'achat, la confusion après la vente étant depuis longtemps prise en compte outre-Atlantique. En effet, le médicament se prendrait généralement pendant une certaine durée et le malade, lorsqu'il sélectionne son traitement dans son armoire à pharmacie, ne serait plus guidé par un professionnel de la santé.

- 41 En troisième lieu, la requérante procède à une comparaison des signes en conflit.
- 42 D'abord, elle avance que, ainsi que l'a reconnu la chambre de recours, les signes CALSYN et GALZIN sont dépourvus de signification conceptuelle pour le consommateur moyen, de telle sorte que les deux marques en conflit sont fortement distinctives. La requérante invoque la jurisprudence de la Cour et du Tribunal selon laquelle le risque de confusion est d'autant plus élevé que le caractère distinctif du signe s'avère important. En reconnaissant que la marque CALSYN est arbitraire et distinctive, la chambre de recours aurait dû accorder plus d'importance aux ressemblances globales qu'aux différences de détails. Or, elle aurait fait exactement le contraire.
- 43 À cet égard, la requérante reproche à la chambre de recours d'avoir incorrectement concentré son analyse sur les différences de détails, visuels et phonétiques, entre les deux marques, alors qu'elle aurait dû comparer l'impact visuel, phonétique et conceptuel des deux marques dans leur ensemble.
- 44 S'agissant de la comparaison visuelle, la requérante fait observer que les deux signes partagent le même nombre de lettres et révèlent une similitude frappante, les lettres communes «a», «l» et «n» étant dans le même ordre. À cet égard, elle fait grief à la chambre de recours de ne pas avoir pris en compte les similitudes visuelles entre les lettres majuscules «C» et «G», qui ne se différencieraient que par une petite barre pouvant aisément être escamotée lorsque la lettre «G» est manuscrite. De même, les lettres «s» et «z» seraient visuellement très proches, leur forme géométrique étant simplement inversée.
- 45 En ce qui concerne la comparaison phonétique, la requérante fait grief à la chambre de recours d'avoir procédé à une analyse subtile des différences de détail entre les

deux signes, ne pouvant être distinguées par le public de référence. Elle estime que les sonorités des lettres «c» et «g» sont très proches et ne seraient pas nécessairement perceptibles, notamment par des publics n'ayant pas des facultés auditives normales, ou les publics âgés ou étrangers. Il en serait de même pour les lettres «s» et «z».

46 Par ailleurs, la requérante reproche à la chambre de recours d'avoir conclu de manière arbitraire que les phonèmes «yn» et «in» seraient prononcés différemment. Elle fait observer que la combinaison «yn» est peu connue dans la langue française, où la lettre «y» est assimilée, phonétiquement, à la lettre «i», de sorte que le public, hormis la minorité connaissant la langue anglaise ou les règles phonétiques évoquées par l'OHMI, prononcerait instinctivement «yn» comme «in». Ainsi, les seules différences de «pression d'air» entre, respectivement, les lettres «c» et «g» et «z» et «s» et, éventuellement, de prononciation entre «yn» et «in» n'ôteraient rien aux ressemblances phonétiques globales entre les deux marques.

47 Enfin, la requérante affirme que la comparaison globale doit tenir compte du fait que les perceptions visuelles et phonétiques ne peuvent pas être examinées isolément l'une de l'autre dans la mesure où l'esprit humain, pour prononcer un mot, et surtout un mot arbitraire, s'efforcera de le visualiser mentalement, l'inverse étant également vrai. Ainsi, leur grande ressemblance phonétique conduirait à une mémorisation visuelle, et donc à une reproduction très proche à l'écrit des deux marques, par le consommateur ne les ayant pas simultanément devant lui. De même, une forte ressemblance visuelle conduirait à une prononciation proche lorsque le consommateur en appelle à sa mémoire visuelle.

48 En conclusion, la requérante soutient que la chambre de recours aurait dû constater que les ressemblances entre les deux signes l'emportaient sur les différences et que,

nonobstant les indications thérapeutiques différentes, les produits devaient être considérés comme étant similaires.

- 49 En premier lieu, l'OHMI indique qu'il partage l'avis de la requérante et de la chambre de recours quant à la détermination du public ciblé, à savoir les professionnels de la santé et le public en général en France.
- 50 En deuxième lieu, l'OHMI analyse la similitude des produits. À cet égard, il relève que, conformément aux directives relatives à la procédure d'opposition, les produits pharmaceutiques sont généralement considérés comme présentant une grande similitude avec les autres produits pharmaceutiques, bien que le degré de similitude puisse être inférieur si les indications pharmaceutiques sont nettement différentes.
- 51 En l'espèce, les produits désignés par la marque antérieure CALSYN pour lesquels l'usage a été démontré seraient des produits pharmaceutiques à base de calcium. Il ressortirait des preuves de l'usage que le produit CALSYN est une solution injectable à base de calcitonine, vendue uniquement sur ordonnance («Liste II») et administrée aux patients, en particulier, en cas d'hypercalcémie (déficiences en calcium et décalcification progressive de l'os) et pour traiter des maladies qui attaquent les os (en particulier, la maladie de Paget, une maladie du squelette humain entraînant la déformation des os).
- 52 Les produits pharmaceutiques pour le traitement de la maladie de Wilson désignés dans la demande contestée seraient destinés au traitement d'une maladie génétique héréditaire rare qui provoque une accumulation de cuivre dans l'organisme. De tels produits seraient prescrits par les médecins et délivrés sur ordonnance compte tenu de leurs indications thérapeutiques très particulières.

53 En conclusion, l'OHMI affirme que les produits en cause sont similaires en raison de leur nature de produits pharmaceutiques, mais à un degré atténué compte tenu de leurs indications thérapeutiques distinctes. L'appréciation de la chambre de recours sur ce point serait donc correcte.

54 En troisième lieu, l'OHMI procède à une comparaison des signes sur les plans visuel, phonétique et conceptuel.

55 S'agissant de la comparaison visuelle, il fait observer qu'il existe des ressemblances visuelles entre les signes en conflit, puisqu'ils partagent le même nombre de lettres (six), dont trois identiques placées dans le même ordre et au même rang («a», «l» et «n»), et que les lettres majuscules «G» et «C» et les lettres «z» et «s» présentent des ressemblances. La lettre «y» de la marque antérieure différencierait néanmoins les signes, comme l'indique la chambre de recours.

56 Sur le plan phonétique, l'OHMI fait valoir que les deux signes sont bisyllabiques et que les syllabes «cal» et «gal» ainsi que «zin» et «syn» sont très proches. Les désinences «in» et «yn» pourraient être indifféremment prononcées en français [in] (comme dans *sinistre*, *sinusite*, ou *synonyme*, *synergie*) ou bien [ë] (comme dans *sincère*, *singe*, *lapin* ou *synthèse*, *syndicat*), la voyelle «y» suivant les mêmes règles que la voyelle «i». L'OHMI laisse au Tribunal le soin de se prononcer sur l'analyse phonétique faite par la chambre de recours.

57 En ce qui concerne la comparaison conceptuelle des signes, l'OHMI affirme que, comme l'indique la chambre de recours, les marques ne revêtent pas de signification

pour le public pertinent, de sorte qu'aucune conclusion ne peut être tirée à cet égard.

- 58 En raison des similitudes visuelles et phonétiques relevées, l'OHMI conclut à la similitude globale des signes.
- 59 En quatrième lieu, l'OHMI procède à une appréciation globale du risque de confusion. À cet égard, il fait d'abord référence à la jurisprudence, selon laquelle 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. Selon l'OHMI, aux fins de l'appréciation du risque de confusion, le consommateur moyen à prendre en considération est censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Cependant, il conviendrait 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.
- 60 Ensuite, l'OHMI avance que, en règle générale, le consommateur moyen est plus attentif vis-à-vis des produits pharmaceutiques soumis à prescription que vis-à-vis de ceux en vente libre, son attention dépendant, en outre, de l'indication thérapeutique du produit. En l'espèce, l'OHMI fait valoir que les produits pharmaceutiques en cause sont soumis à prescription, de telle sorte qu'il peut être considéré avec la chambre de recours que le degré d'attention des consommateurs est plutôt élevé.
- 61 En conclusion, l'OHMI laisse au Tribunal le soin d'apprécier si la similarité des signes et des produits est susceptible d'entraîner un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs en France.

Appréciation du Tribunal

- ⁶² 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 «lorsqu'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». Par ailleurs, en vertu de l'article 8, paragraphe 2, sous a), ii), du règlement n° 40/94, on entend par marques antérieures les marques enregistrées dans un État membre, dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande de marque communautaire.
- ⁶³ Le risque de confusion dans l'esprit du public, qui se définit comme 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, doit être apprécié globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce [arrêts de la Cour du 29 septembre 1998, Canon, C-39/97, Rec. p. I-5507, points 16 et 29, et du 22 juin 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Rec. p. I-3819, points 17 et 18; arrêt du Tribunal du 23 octobre 2002, Oberhauser/OHMI — Petit Liberto (Fifties), T-104/01, Rec. p. II-4359, points 25 et 26].
- ⁶⁴ Cette appréciation globale implique une certaine interdépendance entre les facteurs pris en compte 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, Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 19, et Fifties, précité, point 27).
- ⁶⁵ En l'espèce, la marque antérieure est enregistrée en France. Dès lors, il convient de se référer à la perception du public français aux fins de l'application de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

- 66 Par ailleurs, dans la mesure où les produits en cause sont des produits pharmaceutiques, le public pertinent est constitué, d'une part, des professionnels de la médecine et, d'autre part, des patients, en tant que consommateurs finaux [arrêts du Tribunal du 22 septembre 2005, Alcon/OHMI — Biofarma (TRAVATAN), T-130/03, Rec. p. II-3859, point 49, et du 17 novembre 2005, Biofarma/OHMI — Bauch & Lomb Pharmaceuticals (ALREX), T-154/03, Rec. p. II-4743, point 46].
- 67 À cet égard, il y a lieu de rejeter les allégations de la requérante selon lesquelles la chambre de recours aurait omis de définir le public ciblé. En effet, il ressort clairement du point 10 de la décision attaquée que la chambre de recours a énoncé, après avoir fait référence au consommateur français, que le public englobait «à la fois les consommateurs de médicaments et les professionnels de la médecine». Le Tribunal estime dès lors que la chambre de recours a correctement défini le public pertinent.
- 68 Concernant la similitude des produits en cause, il y a lieu de tenir compte de tous les facteurs pertinents qui caractérisent le rapport entre les produits, ces facteurs incluant, en particulier, leur nature, leur destination, leur utilisation ainsi que leur caractère concurrent ou complémentaire (arrêt Canon, précité, point 23).
- 69 En l'espèce, il y a lieu de relever que la chambre de recours a considéré, en substance, que les produits en conflit étaient tous les deux des produits pharmaceutiques, et de ce fait similaires, leur différence tenant à leurs indications thérapeutiques différentes. Or, c'est également ce qu'admet la requérante en soutenant, d'une part, que les produits pharmaceutiques devraient a priori être considérés comme similaires et, d'autre part, que les produits en question sont conçus pour des affections différentes. Il découle des écritures de la requérante que

celle-ci ne conteste l'appréciation de la chambre de recours qu'en ce qui concerne le degré de similitude existant.

70 Il suffit de relever, à cet égard, que les produits en cause sont de même nature (produits pharmaceutiques), ont la même finalité ou destination (traitement de problèmes de santé humaine), s'adressent aux mêmes consommateurs (professionnels du secteur médical et patients), empruntent les mêmes canaux de distribution (en règle générale, les pharmacies) et présentent un caractère potentiellement complémentaire. En revanche, leur différence tient à leurs indications thérapeutiques différentes.

71 Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que les éléments de similitude entre les produits l'emportent sur les éléments de différence et de conclure qu'il existe, comme l'a à juste titre relevé la chambre de recours dans la décision attaquée, un certain degré de similitude entre les produits en cause.

72 En ce qui concerne la similitude visuelle, phonétique ou conceptuelle des signes en conflit, l'appréciation globale du risque de confusion doit 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].

73 S'agissant, tout d'abord, de la comparaison conceptuelle, il y a lieu de relever que la chambre de recours a estimé que les marques en conflit étaient dépourvues de sens pour le consommateur moyen et que cette constatation n'était pas remise en cause

par la requérante. À cet égard, le Tribunal estime que l'analyse de la chambre de recours est correcte, les signes en conflit ne possédant aucune signification.

- 74 Ensuite, sur le plan visuel, le Tribunal relève que les deux signes sont purement verbaux et partagent le même nombre de lettres (six), dont trois identiques placées dans le même ordre et au même rang («a», «l» et «n»). Le Tribunal estime également que les lettres majuscules «G» et «C» présentent des ressemblances, de sorte que le fait que la première lettre de chacun des signes puisse attirer le regard du consommateur n'est pas avéré. Par ailleurs, et contrairement à ce que retient la chambre de recours, le Tribunal constate que les lettres «z» et «s» présentent également des ressemblances. Il est vrai, comme l'indique la chambre de recours, que la lettre «y» de la marque antérieure attire l'attention dans la mesure où il s'agit d'une lettre peu courante dans la langue française. Cependant, cette particularité ne permet pas, à elle seule, de différencier significativement les deux signes. Le Tribunal en conclut que les deux signes sont globalement similaires sur le plan visuel.
- 75 Enfin, en ce qui concerne la comparaison phonétique, le Tribunal relève que les deux signes sont bisyllabiques et que les premières syllabes «cal» et «gal» de chacun des signes seront prononcées de façon similaire, la sonorité des consonnes «c» et «g» étant très proche. En outre, contrairement aux énonciations de la chambre de recours, le Tribunal relève que, en français, les phonèmes «yn» et «in» seront très souvent prononcés de façon indifférente. Dès lors, le Tribunal estime que la chambre de recours a commis une erreur d'appréciation en concluant que les signes en conflit différaient sur le plan phonétique.
- 76 Au vu de ce qui précède, le Tribunal considère que les deux signes sont globalement similaires et, en conséquence, que la chambre de recours a commis une erreur d'appréciation en admettant que les signes en conflit étaient différents, en particulier sur le plan phonétique.

77 En ce qui concerne l'appréciation globale du risque de confusion, le Tribunal observe que la chambre de recours a estimé que, bien qu'il existe un certain degré de similitude entre les produits et entre les marques, celui-ci était insuffisant pour entraîner un risque de confusion entre les produits mis en vente sous chacune de ces marques. Pour parvenir à cette conclusion, la chambre de recours a notamment considéré que, étant donné la nature des produits, le public englobant à la fois les consommateurs de médicaments et les professionnels de la médecine porterait une attention particulière aux signes identifiant les produits.

78 À cet égard, il convient de rappeler qu'il découle d'une jurisprudence constante que, aux fins de cette appréciation globale, le consommateur moyen de la catégorie de produits concernée est censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Selon cette même jurisprudence, 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).

79 Le Tribunal estime que le niveau d'attention du consommateur moyen de produits pharmaceutiques doit être déterminé au cas par cas, en fonction des circonstances du dossier et notamment des indications thérapeutiques des produits en question. De même, le Tribunal estime que, dans le cas de médicaments soumis à prescription médicale tels que ceux examinés dans le cas d'espèce, ce niveau d'attention sera généralement plus élevé, étant donné que ceux-ci sont prescrits par un médecin et, par la suite, vérifiés par un pharmacien qui les délivre aux consommateurs.

80 Toutefois, la circonstance que le public pertinent est composé de personnes dont le degré d'attention peut être considéré comme élevé ne suffit pas, compte tenu de la

similitude existant entre les produits et les signes en conflit, à exclure que le public puisse croire que ces produits proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement. Le Tribunal relève que la conclusion relative à l'absence de risque de confusion, à laquelle la chambre de recours est parvenue, était fondée sur une prémisse erronée, à savoir celle selon laquelle les signes présentaient des différences significatives, notamment d'un point de vue phonétique, et ces différences étaient susceptibles de compenser le degré de similitude existant entre les produits. Or, cette appréciation ne saurait être retenue, dès lors que, ainsi qu'il a été exposé aux points 74 et 75 ci-dessus, les signes en conflit présentent de fortes similitudes visuelles et phonétiques.

81 Dans ces circonstances, le Tribunal estime, contrairement à la solution retenue dans la décision attaquée, que, du point de vue de l'impression globale, compte tenu de la similitude des produits concernés et des similitudes visuelles et phonétiques des deux marques, les différences apparaissant entre ces dernières ne sont pas suffisantes pour écarter l'existence d'un risque de confusion dans la perception du public pertinent.

82 Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que le second moyen de la requérante, visant à faire constater une violation par la chambre de recours de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, doit être accueilli. En conséquence, il y a lieu d'annuler la décision attaquée.

Sur les dépens

83 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. L'OHMI ayant succombé, dans la mesure où la décision attaquée est annulée, il y a lieu de le condamner aux dépens exposés par la requérante, conformément aux conclusions de celle-ci.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (cinquième chambre)

déclare et arrête:

- 1) **La décision de la quatrième chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) du 7 septembre 2004 (affaire R 295/2003-4) est annulée.**

- 2) **L'OHMI supportera ses propres dépens ainsi que ceux exposés par la requérante.**

Vilaras

Martins Ribeiro

Jürimäe

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 17 octobre 2006.

Le greffier

Le président

E. Coulon

M. Vilaras