ARRÊT DU TRIBUNAL (cinquième chambre)

18 octobre 2007 *

Dans l'affaire T-425/03,

AMS Advanced Medical Services GmbH, établie à Mannheim (Allemagne), représentée initialement par M^es^ G. Lindhofer, puis par M^es^ Lindhofer et S. Schäffler, avocats,

partie requérante,

contre

Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), représenté par M. G. Schneider, en qualité d'agent,

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.

American Medical Systems, Inc., établie à Minnetonka, Minnesota (États-Unis), représentée par M[es] H. Kunz-Hallstein et R. Kunz-Hallstein, avocats,

ayant pour objet un recours formé contre la décision de la quatrième chambre de recours de l'OHMI du 12 septembre 2003 (affaire R 671/2002-4), relative à une procédure d'opposition entre AMS Advanced Medical Services GmbH et American Medical Systems, Inc.,

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. J. Plingers, administrateur,

vu la requête déposée au greffe du Tribunal le 17 décembre 2003,

vu le mémoire en réponse de l'OHMI déposé au greffe du Tribunal le 23 avril 2004,

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

à la suite de l'audience du 7 novembre 2006,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

1 Le 25 octobre 1999, AMS Advanced Medical Services GmbH a présenté une demande de marque communautaire à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), en vertu du règlement (CE) nº 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1), tel que modifié.

2 La marque dont l'enregistrement a été demandé est le signe figuratif «AMS Advanced Medical Services», reproduit ci-après:



3 Les produits et les services pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent des classes 5, 10 et 42 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:

— classe 5: «Produits pharmaceutiques, vétérinaires et hygiéniques; substances diététiques à usage médical, aliments pour bébés; emplâtres, matériel pour pansements; matières pour plomber les dents et pour empreintes dentaires; désinfectants; produits pour la destruction des animaux nuisibles; fongicides, herbicides»;

— classe 10: «Appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires, membres, yeux et dents artificiels; articles orthopédiques; matériel de suture»;

— classe 42: «Hébergement et restauration; services d'un chimiste; services d'ingénierie; services hospitaliers et d'un centre de soins ou de santé; soins médicaux, d'hygiène et de beauté; services d'un laboratoire médical, bactériologique ou chimique; développement de médicaments, d'aliments pharmaceutiques et autres produits sanitaires et conduite de recherches médicales et cliniques, conseils et support à des tiers dans le cadre de ces activités; recherche scientifique et industrielle, en particulier recherche médicale, bactériologique ou chimique; services d'opticiens; services d'un physicien; interprétation; programmation pour ordinateurs, en particulier pour la médecine; expertise technique; recherches (techniques et juridiques) dans le domaine des droits d'auteur; conseils techniques et expertise; conseils à des responsables médicaux en matière de développement, de mise en place et de conduite de programmes thérapeutiques et évaluation de ces programmes par le biais d'études; élevage d'animaux; traductions; location d'installations de traitement de données; location de distributeurs automatiques; gestion et exploitation de droits d'auteur; exploitation de droits de propriété industrielle; essais de matériaux; réservation de logements».

4 Cette demande a été publiée au *Bulletin des marques communautaires* n° 43/00, du 29 mai 2000.

5 Le 28 août 2000, la société American Medical Systems, Inc. a formé une opposition à l'encontre de la marque demandée, alléguant un risque de confusion au sens de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Cette opposition était notamment fondée sur l'existence de plusieurs marques nationales enregistrées en Allemagne, en Espagne, en France, en Italie, au Royaume-Uni ainsi que dans les pays du Benelux, et notamment sur l'existence de la marque verbale AMS, qui avait été enregistrée le 20 mars 1996 sous le numéro 2061585 au Royaume-Uni pour les produits suivants compris dans la classe 10 au sens de l'arrangement de Nice:

«Appareils et instruments chirurgicaux, médicaux et vétérinaires; matériel de suture; dispositifs médicaux pour le contrôle des troubles urologiques et de l'impuissance; articles de prothèse; prothèses péniennes; prothèses urinaires; sphincters artificiels; pièces et parties constitutives pour tous les articles précités, toutes comprises dans la classe 10.»

6 Par décision du 31 mai 2002 et en se fondant exclusivement sur l'existence de la marque verbale enregistrée au Royaume-Uni AMS (ci-après la «marque antérieure»), la division d'opposition a fait droit à l'opposition en ce qui concerne les produits compris dans la classe 10, au motif qu'il existait un risque de confusion sur le territoire du Royaume-Uni. La division d'opposition a, en effet, considéré que les produits relevant de la classe 10, couverts par la marque demandée et la marque antérieure, étaient identiques et que les signes en conflit étaient similaires en raison de la combinaison des lettres «a», «m» et «s» qu'ils avaient en commun, l'élément figuratif et l'élément verbal «advanced medical services» étant peu distinctifs et ne devant se voir attribuer qu'un faible poids au sein de la marque demandée. La division d'opposition a, en revanche, rejeté l'opposition en ce qui concerne les produits relevant de la classe 5 et les services relevant de la classe 42.

7 Le 30 septembre 2002, l'intervenante a formé un recours auprès de l'OHMI contre la décision de la division d'opposition au motif qu'elle avait rejeté son opposition pour les produits et services suivants couverts par la marque demandée:

— classe 5: «Produits pharmaceutiques, vétérinaires et hygiéniques; substances diététiques à usage médical, aliments pour bébés; emplâtres, matériel pour pansements; matières pour plomber les dents et pour empreintes dentaires; désinfectants; produits pour la destruction des animaux nuisibles; fongicides, herbicides»;

— classe 42: «Services hospitaliers et d'un centre de soins ou de santé; soins médicaux, d'hygiène et de beauté; services d'un laboratoire médical, bactériologique ou chimique; développement de médicaments, d'aliments pharmaceutiques et autres produits sanitaires et conduite de recherches médicales et cliniques, conseils et support à des tiers dans le cadre de ces activités; recherche scientifique et industrielle, en particulier recherche médicale, bactériologique ou chimique; services d'opticiens; conseils à des responsables médicaux en matière de développement, de mise en place et de conduite de programmes thérapeutiques et évaluation de ces programmes par le biais d'études».

8 L'intervenante a soutenu qu'il existait un lien étroit entre les produits relevant de la classe 5 et ceux relevant de la classe 10 dans la mesure où les premiers seraient utilisés en tant qu'applicateurs lors de l'administration des préparations médicales ou, du moins, dans le cadre de leur administration. S'agissant des services relevant de la classe 42, il convenait, selon elle, de tenir compte du fait que toutes les entreprises pharmaceutiques pratiquaient la recherche et y étaient contraintes.

9 La requérante, quant à elle, a, tout d'abord, déclaré, dans son mémoire déposé devant la quatrième chambre de recours de l'OHMI, qu'«[i]l n'exist[ait] aucun risque de confusion entre les marques AMS AMBICOR, AMS SECURO-T, AMS et AMERICAN MEDICAL SYSTEMS, d'une part, et AMS Advanced Medical Services, d'autre part, en ce qui concerne la liste actuelle des biens et services, parce que la marque communautaire AMS Advanced Medical Services était limitée durant la procédure d'opposition (voir décision n° 1697/2002, du 31 mai 2002)». La requérante a, ensuite, précisé «partage[r] les conclusions auxquelles la division d'opposition [était] parvenue en ce qui concerne la similitude des produits et l'importance qu'elle [avait] attachée à l'interdépendance entre la similitude des marques et celle des produits et services». La requérante a, enfin, contesté que, dans les cinq ans précédant la procédure d'opposition, les marques de l'intervenante aient fait l'objet d'un usage sérieux dans la Communauté européenne pour les produits relevant de la classe 10 et elle l'a donc invitée à apporter les preuves de l'usage de ses différentes marques.

10 Par décision du 12 septembre 2003 (ci-après la «décision attaquée»), la chambre de recours a annulé la décision de la division d'opposition et a accueilli l'opposition de l'intervenante, à l'exception des produits suivants pour lesquels elle a admis l'enregistrement de la marque demandée par la requérante, à savoir les «aliments pour bébés; [les] produits pour la destruction des animaux nuisibles; [les] fongicides [et les] herbicides», étant donné qu'ils pouvaient être considérés comme suffisamment éloignés des produits protégés par la marque antérieure. La chambre de recours a, en revanche, relevé, en ce qui concerne les produits et services pour lesquels elle a accueilli l'opposition, que, en substance, ces produits et services concernaient tous, au même titre que les produits protégés par la marque antérieure, le domaine médical et étaient destinés à guérir des maux physiques, ce qui entraînait un risque de confusion eu égard à leur finalité et à la similitude des signes en cause. La chambre de recours a enfin rejeté l'exception soulevée par la requérante dans le cadre de la procédure devant elle tirée du non-usage de la marque de l'intervenante dans la Communauté au motif qu'elle n'avait pas été soulevée en temps utile devant la division d'opposition.

Conclusions des parties

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

— annuler la décision attaquée;

— faire droit à la demande de marque communautaire;

— subsidiairement, renvoyer l'affaire à la chambre de recours;

— condamner l'OHMI aux dépens.

12 Lors de l'audience, la requérante a déclaré renoncer à son deuxième chef de conclusions, ce dont il a été pris acte dans le procès-verbal de l'audience.

13 L'OHMI et l'intervenante concluent à ce qu'il plaise au Tribunal:

— rejeter le recours;

— condamner la requérante aux dépens.

Sur la recevabilité du troisième chef de conclusions de la requérante

14 Par son troisième chef de conclusions, la requérante demande au Tribunal de renvoyer l'affaire devant la chambre de recours afin qu'elle statue sur sa demande d'enregistrement.

15 À cet égard, il convient de rappeler que, en vertu de l'article 63, paragraphe 6, du règlement nº 40/94, l'OHMI est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du juge communautaire. Dès lors, il n'appartient pas au Tribunal d'adresser à l'OHMI une injonction. Il incombe en effet à l'OHMI de tirer les conséquences du dispositif et des motifs de l'arrêt qui sera rendu par le Tribunal. Selon la jurisprudence, ce principe s'applique, notamment, lorsque le chef de conclusions concerne une demande de renvoi de l'affaire à l'OHMI pour qu'il statue sur la demande d'enregistrement [arrêts du Tribunal du 31 janvier 2001, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld/OHMI (Giroform), T-331/99, Rec. p. II-433, point 33; du 27 février 2002, Eurocool Logistik/OHMI (EUROCOOL), T-34/00, Rec. p. II-683, points 11 et 12, et du 31 mars 2004, Fieldturf/OHMI (LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS), T-216/02, Rec. p. II-1023, point 15].

16 Le troisième chef de conclusions de la requérante est donc irrecevable.

Sur la demande d'annulation de la décision attaquée

17 La requérante invoque, en substance, deux moyens, tirés, d'une part, d'une violation de l'article 8, paragraphes 1 et 2, du règlement nº 40/94 et, d'autre part, d'une absence d'usage sérieux des marques de l'intervenante.

1. *Sur le premier moyen, tiré d'une violation de l'article 8, paragraphes 1 et 2, du règlement nº 40/94*

Sur la recevabilité des éléments de droit avancés devant le Tribunal

Arguments des parties

18 L'OHMI souligne que l'article 135, paragraphe 4, du règlement de procédure du Tribunal dispose que les mémoires des parties ne peuvent modifier l'objet du litige devant la chambre de recours, lequel est déterminé par l'acte de recours et par les chefs de conclusions de la requérante.

19 Selon l'OHMI, il n'a pas été définitivement établi dans quelle mesure la défenderesse devant la chambre de recours peut codéterminer l'objet du litige devant cette dernière en attaquant d'elle-même, dans son mémoire en réponse, des constatations établies dans la décision de l'instance précédente qui n'ont pas été contestées par la requérante, notamment, sans avoir formé elle-même de recours. Il n'aurait pas non plus été définitivement établi si la chambre de recours doit contrôler la décision attaquée dans son ensemble ou si elle peut se limiter à des aspects de la décision qui ont été explicitement soumis à l'instance de contrôle par le mémoire exposant les motifs du recours. L'OHMI renvoie, à cet égard, aux considérations contradictoires respectivement développées dans les arrêts du Tribunal du 23 septembre 2003, Henkel/OHMI — LHS (UK) (KLEENCARE) (T-308/01, Rec. p. II-3253, point 29), et du 17 mars 2004, El Corte Inglés/OHMI González Cabello et Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR) (T-183/02 et T-184/02, Rec. p. II-965, point 76).

20 L'OHMI rappelle que des constatations effectuées par la division d'opposition qui n'auraient pas été mises en cause par la défenderesse devant la chambre de recours ne sauraient relever de l'objet du litige pour la première fois devant le Tribunal.

21 L'OHMI indique que, en l'espèce, la requérante, qui était la défenderesse devant la chambre de recours, avait, dans le cadre de la procédure de recours, explicitement reconnu comme exactes les constatations de la division d'opposition, puisqu'elle avait déclaré «partage[r] les conclusions auxquelles la division d'opposition [était] parvenue en ce qui concerne la similitude des produits et l'importance qu'elle a attachée à l'interdépendance entre la similitude des marques et celle des produits et services». En effet, la requérante aurait seulement contesté une réformation de la décision de la division d'opposition par la chambre de recours dans le sens d'un élargissement des produits et des services devant être considérés comme analogues à ceux de l'intervenante. Ainsi, l'OHMI considère que seule faisait l'objet de la procédure devant la chambre de recours la question de savoir si des produits et des services autres que ceux identifiés à l'origine par la division d'opposition relevaient du domaine de similitude de la marque antérieure. Or, dans la mesure où la requérante contesterait, dans le cadre du présent recours, la similitude des signes telle que l'avait constatée la division d'opposition et l'avait confirmée la chambre de recours, ce moyen serait irrecevable en ce qu'il modifierait l'objet du litige au sens de l'article 135, paragraphe 4, du règlement de procédure. En outre, ce moyen serait irrecevable au motif qu'il violerait le principe selon lequel nul ne saurait contester ce qu'il a auparavant reconnu (venire contra factum proprium).

Appréciation du Tribunal

22 À titre liminaire, il convient de vérifier si, ainsi que le fait valoir l'OHMI, la requérante a expressément reconnu, devant la chambre de recours, la similitude des marques en conflit, en sorte qu'elle ne pourrait plus la contester devant le Tribunal.

23 À cet égard, il y a lieu de rappeler que la requérante a indiqué, au deuxième alinéa de son mémoire du 13 février 2003 déposé devant la chambre de recours, «partage[r] les conclusions auxquelles la division d'opposition [était] parvenue en ce qui concerne la similitude des produits et l'importance qu'elle [avait] attachée à l'interdépendance entre la similitude des marques et celle des produits et services».

24 Force est de constater que, contrairement à ce que prétend l'OHMI, il ne saurait être affirmé que la requérante a, dans cet alinéa, expressément reconnu la similitude des marques en conflit. En effet, la requérante n'y indique pas, en des termes clairs et précis, qu'elle ne met pas en cause la similitude de ces marques, mais se limite à ne pas contester l'importance que la division d'opposition a attachée à l'interdépendance entre la similitude des marques en conflit et celle des produits et des services concernés.

25 Cette absence de reconnaissance expresse par la requérante de la similitude des marques en conflit est confirmée par le premier alinéa dudit mémoire, dans lequel elle a affirmé qu'«[i]l n'existait aucun risque de confusion entre les marques AMS AMBICOR, AMS SECURO-T, AMS et AMERICAN MEDICAL SYSTEMS, d'une part, et AMS Advanced Medical Services, d'autre part, en ce qui concerne la liste actuelle des biens et des services parce que la marque communautaire AMS Advanced Medical Services était limitée durant la procédure d'opposition». En effet, il résulte de cette affirmation que la requérante entendait contester la similitude de ces marques en ce qui concerne les produits relevant de la classe 5 et les services relevant de la classe 42 devant la chambre de recours, ce qu'elle a par ailleurs confirmé en réponse à une question du Tribunal sur la portée et la teneur des deux alinéas de son mémoire du 13 février 2003. Dans le premier alinéa, la requérante se contente donc de faire valoir que le risque de confusion n'existe qu'avec les produits relevant de la classe 10, au sujet desquels elle n'a d'ailleurs pas contesté la décision de la division d'opposition.

26 Enfin, la chambre de recours elle-même n'a nullement interprété le mémoire de la requérante du 13 février 2003 comme étant une reconnaissance expresse des constatations de la division d'opposition quant à l'absence de similitude des marques

en conflit, puisque, concernant cette similitude, elle a relevé que «[l]es marques présent[aient] un important degré de similitude étant donné qu'elles comport[aient] l'acronyme identique AMS», sans faire une quelconque référence à une prétendue reconnaissance expresse de la requérante sur ce point.

27 En tout état de cause, à supposer même que la requérante ait expressément reconnu, dans son mémoire du 13 février 2003, la similitude des marques en conflit, il convient de rappeler qu'il résulte d'une jurisprudence constante qu'un recours porté devant le Tribunal en vertu de l'article 63, paragraphe 2, du règlement nº 40/94 vise au contrôle de la légalité des décisions des chambres de recours [voir arrêts du Tribunal du 12 décembre 2002, eCopy/OHMI (ECOPY), T-247/01, Rec. p. II-5301, point 46, et du 22 octobre 2003, Éditions Albert René/OHMI — Trucco (Starix), T-311/01, Rec. p. II-4625, point 70]. Dans le cadre du règlement nº 40/94, en application de l'article 74 dudit règlement, ce contrôle doit se faire au regard du cadre factuel et juridique du litige tel qu'il a été porté devant la chambre de recours [arrêts du Tribunal du 5 mars 2003, Unilever/OHMI (tablette ovoïde), T-194/01, Rec. p. II-383, point 16, et du 1er février 2005, SPAG/OHMI — Dann et Backer (HOOLIGAN), T-57/03, Rec. p. II-287, point 17]. Par ailleurs, selon l'article 135, paragraphe 4, du règlement de procédure, les mémoires des parties ne peuvent modifier l'objet du litige devant la chambre de recours.

28 À cet égard, force est de constater qu'une opposition à l'enregistrement d'une marque communautaire, lorsqu'elle est fondée sur l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, saisit l'OHMI de la question de l'identité ou de la similitude des produits et des services visés par les marques en conflit ainsi que de l'absence de similitude de ces dernières (voir, en ce sens, arrêt HOOLIGAN, point 27 supra, points 24 et 25).

29 Par conséquent, le fait que la requérante n'ait pas contesté, devant la chambre de recours, la similitude des marques en conflit ne saurait nullement avoir pour effet de dessaisir l'OHMI de la question de savoir si ces marques étaient similaires ou

identiques. Une telle circonstance ne saurait donc davantage avoir pour effet de priver la requérante du droit de contester, dans les limites du cadre juridique et factuel du litige devant la chambre de recours, les appréciations portées par cette dernière instance à ce sujet (voir, en ce sens, arrêt HOOLIGAN, point 27 supra, points 24 et 25).

30 Or, force est de constater que les contestations de la requérante devant le Tribunal relatives à la similitude des marques en conflit ne s'écartent pas du cadre du litige dont la chambre de recours était saisie, laquelle s'est, notamment, prononcée sur la question de la similitude des marques en conflit. En effet, la requérante se contente de mettre en cause les appréciations portées et le raisonnement suivi par cette instance à cet égard. Il s'ensuit que la requérante n'a pas modifié l'objet du litige par ces contestations et que celles-ci sont donc recevables devant le Tribunal.

31 Dans ces conditions, le grief d'irrecevabilité soulevé par l'OHMI doit être rejeté.

Sur le fond

Arguments des parties

32 La requérante fait valoir qu'il n'existe aucune similitude et, partant, aucun risque de confusion entre, d'une part, les marques AMS AMBICOR, AMS SECURO-T et AMERICAN MEDICAL SYSTEMS de l'intervenante et, d'autre part, la marque demandée AMS Advanced Medical Services. Cette constatation, qui aurait également été effectuée par la chambre de recours, ne serait pas contestée.

33 La requérante prétend, en outre, que, contrairement à ce qui est indiqué dans la décision attaquée, il n'y a pas non plus de risque de confusion entre la marque antérieure et la marque demandée, en raison du défaut de similitude tant des signes en conflit que des produits et des services concernés.

34 S'agissant, en premier lieu, de la similitude des signes, la requérante estime qu'il convient de se fonder à chaque fois sur l'impression d'ensemble véhiculée par les deux signes en présence. En revanche, il ne serait pas permis, ainsi que l'aurait fait la chambre de recours, de procéder à l'examen isolé d'un seul élément du signe. En effet, l'enregistrement d'une marque communautaire figurative ne conférerait de protection que pour l'intégralité de la marque demandée et non pour certaines parties de noms ou de lettres.

35 À cet égard, la requérante relève que la marque demandée a été présentée à l'enregistrement en tant que marque figurative et comporte un cercle fléché, représenté graphiquement, ainsi que les éléments verbaux «ams» et «advanced medical services», disposés sur la droite de celui-ci. Elle ajoute que le cercle fléché représenté graphiquement et les éléments verbaux sont reliés entre eux par une ligne qui traverse le cercle, étant précisé que l'élément «ams» est représenté au-dessus de la ligne, alors que l'élément «advanced medical services» est situé directement au-dessous de celle-ci. La requérante précise que, en tant que sigle, «AMS» désigne les trois initiales de l'élément «advanced medical services», lequel est, en même temps, sa dénomination sociale, et que la marque demandée est toujours prononcée «ams advanced medical services», comme un tout, et ne l'est jamais de manière isolée par le seul sigle AMS, qui n'est pas significatif. L'élément «ams», qui serait en soi doté d'un caractère peu distinctif, ne saurait donc être censé caractériser la marque au point que tous les autres éléments seraient relégués au second plan.

36 S'agissant, en deuxième lieu, de la similitude des produits, la requérante prétend qu'il n'existe aucune similitude entre les produits très spécialisés relevant de la classe 10, revendiqués par l'intervenante, et ceux relevant des classes 5 et 42, sur

lesquels porte la demande d'enregistrement. À supposer que, dans les deux cas, les secteurs médicaux soient concernés, cette circonstance ne saurait suffire pour admettre l'existence d'une similitude entre les produits. Le secteur médical serait extrêmement vaste et pourrait couvrir tout un ensemble de produits relevant d'autres classes, ce qui aboutirait à ce que la portée de la protection conférée à un nom de produit enregistré dans un domaine médical concret et extrêmement spécialisé s'étende à des produits éloignés du point de vue du droit des marques.

37 En troisième lieu, la requérante considère que la marque antérieure, qui ne se compose que des trois lettres «a», «m» et «s» pour former un sigle, est dotée d'un caractère faiblement distinctif et jouit donc tout au plus d'une protection limitée. Elle ajoute que, lors de l'examen du risque de confusion entre deux signes, il existe une interdépendance entre, d'une part, la similitude des signes et, d'autre part, la similitude des produits et des services, en ce que, pour des marques dotées d'un caractère plus faiblement distinctif, l'écart entre les produits et services en présence peut être plus réduit pour conclure à l'absence de risque de confusion. Tel serait le cas en l'espèce où la marque antérieure serait pourvue d'un caractère faiblement distinctif et où les différences tant entre les signes en conflit qu'entre les produits et services concernés seraient suffisamment importantes pour conclure à l'absence de risque de confusion.

38 L'OHMI fait valoir que, parmi les facteurs pertinents du cas d'espèce qui doivent être pris en compte lors de l'appréciation globale du risque de confusion (arrêts de la Cour du 11 novembre 1997, SABEL, C-251/95, Rec. p. I-6191, point 22; du 22 juin 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Rec. p. I-3819, point 18, et du 22 juin 2000, Marca Mode, C-425/98, Rec. p. I-4861, point 40), le caractère concurrent ou complémentaire des produits est un élément important et que, s'il est possible de soutenir que, du point de vue du consommateur, il existe un rapport de concurrence ou de complémentarité entre certains produits, ceux-ci peuvent normalement être considérés comme étant similaires prima facie au sens du droit des marques.

39 L'approche consistant à justifier la similitude des produits par le rapport de complémentarité entre les produits et les services compte tenu du marché pertinent se retrouverait également dans la jurisprudence du Tribunal [voir, à cet égard, arrêt du Tribunal du 23 octobre 2002, Institut für Lernsysteme/OHMI — Educational Services (ELS), T-388/00, Rec. p. II-4301, points 55 et 56].

40 L'OHMI indique qu'il partage la position adoptée par la chambre de recours et fait valoir que les produits relevant de la classe 5 et ceux relevant de la classe 10 couverts par les marques en conflit sont similaires dans la mesure où ils sont utilisés simultanément et dans le même but, à savoir pour un traitement thérapeutique. S'agissant des services relevant de la classe 42 pour lesquels l'enregistrement de la marque demandée est contesté en l'espèce, ils seraient semblables aux produits relevant de la classe 10 dans la mesure où ces derniers seraient normalement utilisés dans le cadre de la fourniture des services mentionnés. Quant aux services relevant du domaine de la recherche, il conviendrait, en outre, de tenir compte du fait que les entreprises pharmaceutiques qui fabriquent les instruments médicaux relevant de la classe 10 opéreraient normalement dans les domaines de la recherche et du développement et qu'il y aurait lieu de présumer que cette situation est connue du public spécialisé utilisant ces instruments.

41 L'intervenante se rallie, en substance, à l'argumentation développée par l'OHMI et conclut que les produits et services pour lesquels l'enregistrement de la marque est demandé sont semblables aux produits et aux services couverts par la marque antérieure.

Appréciation du Tribunal

42 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».

43 Par ailleurs, en vertu de l'article 8, paragraphe 2, sous a), i) et ii), du règlement nº 40/94, il convient d'entendre par marques antérieures les marques communautaires ainsi que les marques enregistrées dans un État membre dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande de marque communautaire.

44 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 [arrêts de la Cour du 29 septembre 1998, Canon, C-39/97, Rec. p. I-5507, point 29, et Lloyd Schuhfabrik Meyer, point 38 supra, point 17; arrêts du Tribunal du 23 octobre 2002, Oberhauser/OHMI — Petit Liberto (Fifties), T-104/01, Rec. p. II-4359, point 25; du 30 juin 2004, BMI Bertollo/OHMI — Diesel (DIESELIT), T-186/02, Rec. p. II-1887, point 34, et du 15 mars 2006, Eurodrive Services and Distribution/OHMI — Gómez Frías (euroMASTER), T-31/04, non publié au Recueil — Rec. 2006, p. II-27*, point 28].

45 En outre, il est constant que 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 SABEL, point 38 supra, point 22; Canon, point 44 supra, point 16; Lloyd Schuhfabrik Meyer, point 38 supra, point 18, et Marca Mode, point 38 supra, point 40; arrêts Fifties, point 44 supra, point 26, et DIESELIT, point 44 supra, point 35).

46 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, point 44 supra, point 17; Lloyd Schuhfabrik Meyer, point 38 supra, point 19, et Marca Mode, point 38 supra, point 40; arrêt du Tribunal du 23 octobre 2002, Matratzen Concord/OHMI — Hukla Germany (MATRATZEN), T-6/01, Rec. p. II-4335, point 25, confirmé sur pourvoi par ordonnance de la Cour du 28 avril 2004, Matratzen Concord/OHMI, C-3/03 P, Rec. p. I-3657]. L'interdépendance entre ces facteurs trouve son expression au septième considérant du règlement nº 40/94, selon lequel il y a lieu d'interpréter la notion de similitude en relation avec le risque de confusion, dont l'appréciation dépend de nombreux facteurs et notamment de la connaissance de la marque sur le marché, de l'association qui peut en être faite avec le signe utilisé ou enregistré, du degré de similitude entre la marque et le signe et entre les produits ou services désignés (voir arrêt DIESELIT, point 44 supra, point 36, et la jurisprudence citée).

47 Par ailleurs, l'appréciation globale doit, en ce qui concerne la similitude visuelle, auditive ou conceptuelle des signes en conflit, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par ceux-ci, en tenant compte, notamment, des éléments distinctifs et dominants de ceux-ci. En effet, il ressort du libellé de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, aux termes duquel «[...] il existe un risque de confusion dans l'esprit du public [...]», que la perception des marques qu'a le consommateur moyen du type de produit ou de service 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 (voir, en ce sens, arrêts SABEL, point 38 supra, point 23, et Lloyd Schuhfabrik Meyer, point 38 supra, point 25; ordonnance Matratzen Concord/OHMI, point 46 supra, point 29; arrêt DIESELIT, point 44 supra, point 38).

48 Aux fins de l'appréciation globale du risque de confusion, le consommateur moyen des produits concernés est censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Par ailleurs, il convient de tenir compte du fait 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, point 38 supra, point 26; arrêts Fifties, point 44 supra, point 28, et DIESELIT, point 44 supra, point 38).

49 Enfin, il résulte du caractère unitaire de la marque communautaire, consacré à l'article 1er, paragraphe 2, du règlement nº 40/94, qu'une marque communautaire antérieure est protégée de façon identique dans tous les États membres. Les marques communautaires sont, dès lors, opposables à toute demande de marque ultérieure qui porterait atteinte à leur protection, ne fût-ce que par rapport à la perception des consommateurs d'une partie du territoire communautaire. Il s'ensuit que le principe consacré à l'article 7, paragraphe 2, du règlement nº 40/94 selon lequel il suffit, pour refuser l'enregistrement d'une marque, qu'un motif absolu de refus n'existe que dans une partie de la Communauté, s'applique, par analogie, également au cas d'un motif de refus relatif au sens de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 [arrêts du Tribunal MATRATZEN, point 46 supra, point 59; du 6 octobre 2004, New Look/OHMI — Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE et NLCollection), T-117/03 à T-119/03 et T-171/03, Rec. p. II-3471, point 34, et du 1er mars 2005, Fusco/OHMI — Fusco International (ENZO FUSCO), T-185/03, Rec. p. II-715, point 33].

50 En l'espèce, les marques sur lesquelles l'opposition était fondée sont des marques nationales enregistrées en Allemagne, en Espagne, en France, en Italie, au Royaume-Uni et dans les pays du Benelux. La décision de la division d'opposition et la décision attaquée ont été fondées uniquement sur la marque antérieure, enregistrée au Royaume-Uni, ce que les parties ne contestent pas. Dès lors, l'examen doit être limité au territoire du Royaume-Uni.

51 Le public pertinent est, comme l'a constaté la chambre de recours au point 12 de la décision attaquée, constitué par le consommateur moyen au Royaume-Uni qui est censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ainsi que par les professionnels et les spécialistes du secteur médical au Royaume-Uni.

52 C'est à la lumière des considérations qui précèdent qu'il y a lieu d'examiner l'appréciation par la chambre de recours du risque de confusion entre les signes en conflit.

— Sur la similitude des produits et des services

53 Selon une jurisprudence constante, pour apprécier la similitude entre des produits ou des services, il y a lieu de tenir compte de tous les facteurs pertinents qui caractérisent le rapport pouvant exister entre eux. Ces facteurs incluent, en particulier, leur nature, leur destination, leur utilisation ainsi que leur caractère concurrent ou complémentaire [arrêt de la Cour du 11 mai 2006, Sunrider/OHMI, C-416/04 P, Rec. p. I-4237, point 85; voir arrêts du Tribunal du 15 janvier 2003, Mystery Drinks/OHMI — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), T-99/01, Rec. p. II-43, point 39, et la jurisprudence citée; du 7 juillet 2005, Miles International/OHMI — Biker Miles (Biker Miles), T-385/03, Rec. p. II-2665, point 31, et euroMASTER, point 44 supra, point 31].

54 S'agissant de l'appréciation de la similitude des produits en cause, la chambre de recours n'a pas remis en cause, aux points 8 et 13 de la décision attaquée, l'appréciation de la division d'opposition en ce qui concerne les «aliments pour bébés; produits pour la destruction des animaux nuisibles; fongicides, herbicides», au motif qu'ils pouvaient être considérés comme suffisamment éloignés des produits médicaux, chirurgicaux et des autres produits de ce genre couverts par la marque antérieure pour exclure un risque de confusion.

55 Il convient de constater que cette conclusion n'a pas été contestée par l'intervenante dans le cadre du présent recours.

56 La chambre de recours a, en revanche, annulé la décision de la division d'opposition s'agissant des autres produits relevant de la classe 5 et de l'ensemble des services mentionnés dans la classe 42.

57 La chambre de recours a en effet considéré, au point 8 de la décision attaquée, que les «'produits pharmaceutiques, vétérinaires et hygiéniques; substances diététiques à usage médical, emplâtres, matériel pour pansements; matières pour plomber les dents et pour empreintes dentaires; désinfectants' (classe 5)» ainsi que l'ensemble des services de la classe 42 faisant l'objet du recours devant la chambre de recours «concernent tous, au même titre que les produits de la marque antérieure, le domaine médical et sont destinés à guérir des maux physiques, ce qui entraîne un risque de confusion eu égard à la similitude entre les signes».

58 La chambre de recours a précisé, à cet égard, aux points 9 à 11 de la décision attaquée, que les produits en cause ont trait au secteur médical et que les services couverts par la marque demandée sont semblables aux produits protégés par la marque antérieure, parce qu'ils ont trait à des domaines semblables, tels que la bactériologie, la pharmacie et d'autres secteurs de ce genre et y sont étroitement liés en raison de leur forte spécialisation.

59 Ces considérations doivent être approuvées.

60 À cet égard, il convient de relever que les produits protégés par la marque antérieure et ceux couverts par la marque demandée concernent tous le domaine médical et sont donc destinés à être utilisés dans le cadre d'un traitement thérapeutique.

61 En outre, tous les produits couverts par la marque demandée sont dans un rapport soit de complémentarité, soit de concurrence avec ceux protégés par la marque antérieure. Ainsi, les produits pharmaceutiques et hygiéniques, les substances diététiques à usage médical, les emplâtres, le matériel pour pansements et les désinfectants sont complémentaires des produits protégés par la marque antérieure, car ils sont généralement utilisés dans le cadre d'opérations chirurgicales destinées à poser des prothèses ou des sphincters artificiels.

62 Ainsi que l'a à juste titre souligné l'intervenante, pour la pose d'une prothèse, tout d'abord, le médecin désinfecte la prothèse grâce à un produit désinfectant, ensuite pose la prothèse, avant de refermer la plaie en utilisant à cet effet des pansements, et enfin maintient ce pansement grâce à un emplâtre. Il peut également prescrire une préparation hygiénique ainsi que des produits pharmaceutiques.

63 En ce qui concerne les produits vétérinaires, force est de constater qu'ils sont également complémentaires des appareils vétérinaires couverts par la marque antérieure. Quant aux matières utilisées pour le plombage des dents et pour les empreintes dentaires, elles sont dans un rapport de concurrence avec les dispositifs médicaux couverts par la marque antérieure et dans un rapport de complémentarité avec les appareils chirurgicaux et médicaux également protégés par la marque antérieure.

64 S'agissant de l'appréciation de la similitude des services contestés, il convient de constater, d'abord, que, ainsi que l'a relevé à juste titre la chambre de recours, les recherches et évaluations médicales, bactériologiques, chimiques, notamment celles énumérées dans la demande de marque communautaire, ont des liens étroits avec des médicaments, des dispositifs ou des articles médicaux tels que ceux couverts par la marque antérieure. Ensuite, les appareils et articles médicaux protégés par la marque antérieure, notamment les prothèses, sont généralement fournis à l'occasion d'actes médicaux dans des établissements hospitaliers ou privés au même titre que ceux indiqués dans la demande de marque communautaire. Enfin, les recherches scientifiques et industrielles de natures diverses peuvent être effectuées dans le même domaine que celui des produits couverts par la marque antérieure.

65 Par conséquent, étant donné le lien étroit concernant la destination entre les produits et services en cause ainsi que le caractère complémentaire des produits par rapport aux services, c'est à bon droit que la chambre de recours a considéré que ces produits et services étaient similaires.

66 Il s'ensuit que c'est à juste titre que la chambre de recours a considéré que les produits et services contestés étaient semblables aux produits protégés par la marque antérieure (voir, en ce sens, arrêt ELS, point 39 supra, point 56).

— Sur la similitude des signes

67 Ainsi qu'il a déjà été indiqué au point 47 ci-dessus, l'appréciation globale du risque de confusion, en ce qui concerne la similitude visuelle, phonétique ou conceptuelle des marques en cause, doit être fondée sur l'impression d'ensemble produite par celles-ci, en tenant compte, notamment, des éléments distinctifs et dominants de celles-ci [voir arrêts SABEL, point 38 supra, point 23, et Lloyd Schuhfabrik Meyer, point 38 supra, point 25; arrêts 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, et du 24 novembre 2005, GfK/OHMI — BUS (Online Bus), T-135/04, Rec. p. II-4865, point 57, et la jurisprudence citée].

68 Selon cette même jurisprudence, une marque complexe ne peut être considérée comme étant semblable à une autre marque, identique à un des composants de la marque complexe ou similaire, que si celui-ci constitue l'élément dominant dans l'impression d'ensemble produite par la marque complexe. Tel est le cas lorsque ce composant est susceptible de dominer à lui seul l'image de cette marque que le public pertinent garde en mémoire, de telle sorte que tous les autres composants de

la marque sont négligeables dans l'impression d'ensemble produite par celle-ci [arrêts du Tribunal MATRATZEN, point 46 supra, point 33, et du 13 juillet 2005, Murúa Entrena/OHMI — Bodegas Murúa (Julián Murúa Entrena), T-40/03, Rec. p. II-2831, point 52].

69 La jurisprudence a précisé que cette approche ne revient pas à prendre en considération uniquement un composant d'une marque complexe et à le comparer avec une autre marque. Il y a lieu, au contraire, d'opérer une telle comparaison en examinant les marques en cause, considérées chacune dans leur ensemble. Cependant, cela n'exclut pas que l'impression d'ensemble produite dans la mémoire du public pertinent par une marque complexe puisse, dans certaines circonstances, être dominée par un ou plusieurs de ses composants [voir arrêt du Tribunal du 11 mai 2005, Grupo Sada/OHMI — Sadia (GRUPO SADA), T-31/03, Rec. p. II-1667, point 49, et la jurisprudence citée].

70 Quant à l'appréciation du caractère dominant d'un ou de plusieurs composants déterminés d'une marque complexe, il convient de prendre en compte, notamment, les qualités intrinsèques de chacun de ces composants en les comparant à celles des autres composants. En outre et de manière accessoire, peut être prise en compte la position relative des différents composants dans la configuration de la marque complexe (arrêts MATRATZEN, point 46 supra, point 35; GRUPO SADA, point 69 supra, point 49, et Julián Murúa Entrena, point 68 supra, point 54).

71 La chambre de recours a considéré, au point 9 de la décision attaquée, que la marque antérieure et la marque demandée présentaient un important degré de similitude étant donné qu'elles comportaient toutes deux le sigle identique AMS.

72 La requérante fait grief à la chambre de recours d'avoir procédé à l'examen isolé d'un seul élément du signe alors que l'enregistrement d'une marque communautaire figurative ne conférerait de protection que pour l'intégralité de la marque demandée et non pour certaines parties de noms ou de lettres.

73 Il y a lieu de considérer qu'il ressort du point 9 de la décision attaquée, ainsi que de son point 3, que la chambre de recours a entériné la position adoptée par la division d'opposition, laquelle avait précisément constaté, en substance, que les signes en cause étaient semblables dès lors qu'ils partageaient le même élément dominant, à savoir l'élément «ams».

74 À cet égard, force est de constater que, effectivement, l'un des composants des signes en conflit, à savoir l'élément «ams», est identique.

75 En effet, les signes à comparer sont les suivants:

AMS



76 S'agissant, en premier lieu, de la comparaison visuelle, il convient de constater, d'une part, que le sigle AMS est entièrement inclus dans la marque demandée AMS Advanced Medical Services.

77 D'autre part, la marque demandée est une marque figurative qui contient les lettres «a», «m» et «s», figurant en capitales, en caractères gras et en italique, et étant précédées de sept flèches formant un cercle. Cette figure est coupée d'une ligne noire qui souligne l'élément «ams» sous lequel apparaît en plus petits caractères et en minuscules, à l'exception de la première lettre de chaque mot, l'expression «Advanced Medical Services», le tout étant en italique.

78 Ainsi, le sigle AMS est représenté d'une manière similaire dans la marque antérieure et dans la marque demandée, à savoir en majuscules. Le fait que la marque demandée soit représentée en caractères italiques ne permet pas d'opérer une distinction, la différence étant pratiquement imperceptible pour le consommateur.

79 L'existence d'un élément figuratif dans la marque demandée ne permet pas non plus de la distinguer de la marque antérieure, dans la mesure où le public visé pourrait considérer ces flèches comme étant une simple ornementation de l'élément verbal. En effet, l'élément «ams» l'emporte sur l'élément figuratif de la marque demandée et s'impose, effectivement, lors de la perception de celle-ci, en raison de sa grande taille et de sa position, qui est en décalage par rapport aux flèches décrivant un cercle, lequel n'a qu'une simple fonction décorative et ne saurait de ce fait être considéré comme étant l'élément dominant de la marque demandée. Il s'ensuit qu'aucune erreur n'a été commise par la chambre de recours en constatant que l'élément dominant de la marque demandée était l'élément «ams».

80 Certes, la marque demandée comprend en outre l'expression «advanced medical services».

81 Il convient toutefois de relever que l'élément «ams» ne décrit pas les produits et services couverts par la marque demandée, en sorte que cette combinaison a un certain caractère distinctif. En revanche, l'expression «advanced medical services» présente un caractère distinctif très limité pour des produits relevant du domaine médical. En effet, le terme «advanced» ne fait que renseigner le public sur le fait que la société concernée est en avance, que ce soit en matière de recherche, de connaissance ou d'expérience; le terme «medical» est, dans le domaine médical, descriptif des produits ou des services concernés; le terme «services» ne saurait, dans ce contexte, avoir de caractère distinctif.

82 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, en général, le public ne considérera pas un élément descriptif faisant partie d'une marque complexe comme l'élément distinctif et dominant de l'impression d'ensemble produite par celle-ci (voir arrêt Biker Miles, point 53 supra, point 44, et la jurisprudence citée).

83 Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la marque demandée présente des similitudes visuelles avec la marque antérieure.

84 En ce qui concerne la comparaison phonétique des signes, les deux signes en conflit ont en commun le sigle AMS, lequel en constitue le noyau central. Si la marque demandée contient également l'expression «advanced medical services», il n'est pas exclu que le consommateur moyen se référerait aux deux marques uniquement par le sigle AMS, dès lors que cette combinaison de lettres correspond à l'abréviation de l'expression «advanced medical services». Cela est d'autant plus vrai que cette impression est renforcée par le fait que toutes les lettres de cette expression apparaissent en plus petits caractères.

85 Dès lors, les signes en conflit sont également similaires du point de vue phonétique.

86 En ce qui concerne la comparaison conceptuelle, force est de constater que l'élément «ams» n'a pas de signification particulière, mais est une construction arbitraire et dépourvue de signification, et que l'expression «advanced medical services» sera perçue par un consommateur moyen comme étant le nom de la société concernée ou comme étant une expression ayant un caractère laudatif dans le domaine médical. En outre, les consommateurs ayant vu la marque antérieure pourraient attribuer au sigle AMS la même signification. Il s'ensuit que, conceptuellement, les signes en conflit sont également similaires.

87 Par conséquent, c'est à bon droit que la chambre de recours a considéré que les signes en conflit étaient similaires dès lors que l'élément dominant du signe verbal de la marque demandée et l'unique élément de la marque antérieure étaient identiques (voir, en ce sens, arrêts Biker Miles, point 53 supra, point 45, et Julián Murúa Entrena, point 68 supra, point 76).

— Sur le risque de confusion

88 Ainsi qu'il a été constaté aux points 53 à 66 ci-dessus, les produits et services en cause sont semblables aux produits couverts par la marque antérieure. En outre, l'impression d'ensemble produite par les signes en conflit, compte tenu de leurs éléments distinctifs et dominants, est susceptible de créer, entre eux, une similitude suffisante pour entraîner un risque de confusion dans l'esprit du consommateur.

89 C'est donc à juste titre que la chambre de recours a considéré qu'il existait un tel risque de confusion et qu'elle a rejeté la demande d'enregistrement du signe AMS pour les produits et services en cause.

90 Cette conclusion ne saurait être infirmée par l'argument de la requérante selon lequel la comparaison des signes aurait dû être effectuée en tenant compte de la marque antérieure telle qu'elle était utilisée et non telle qu'elle avait été enregistrée.

91 En effet, il convient de rappeler, à cet égard, que la comparaison doit s'effectuer entre les signes tels qu'ils ont été enregistrés ou tels qu'ils figurent dans la demande d'enregistrement, indépendamment de leur usage isolé ou conjoint avec d'autres marques ou mentions. Dès lors, les signes à comparer étaient précisément ceux

examinés par la chambre de recours [voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 8 décembre 2005, Castellblanch/OHMI — Champagne Roederer (CRISTAL CASTELLBLANCH), T-29/04, Rec. p. II-5309, point 57].

92 Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le premier moyen doit être rejeté.

2. *Sur le second moyen, tiré d'une absence d'usage sérieux des marques de l'intervenante*

Arguments des parties

93 La requérante prétend que les marques de l'intervenante ne font pas l'objet, sur le territoire de la Communauté, d'un usage maintenant les droits acquis. Elle précise que l'intervenante a son siège social aux États-Unis et que son centre d'activités porte sur les appareils urologiques. Les produits urologiques, qui sont distribués sous des dénominations complexes comprenant l'élément «ams» (à savoir AMS 700 CX™/CXM™ Penile Prostheses, AMS 700 Ultrex™/Ultrex™ Plus Penile Prostheses, AMS Ambicor® Penile Prostheses, AMS Malleable 600M™/650M™ Penile Prostheses, AMS Sphincter 800™ Urinary Control System) seraient des produits extrêmement spécialisés relevant de la classe 10, à savoir une prothèse pénienne et un système de contrôle urinaire. Aucun des produits ne porterait comme seule dénomination AMS. La requérante en déduit qu'aucun droit acquis ne saurait être maintenu lorsqu'il est fait usage d'une forme qui est modifiée à un tel point par rapport à la marque enregistrée que le caractère distinctif du signe en est transformé.

94 De surcroît, la requérante fait valoir que l'intervenante ne fait aucun usage de ses marques dans la Communauté dans la mesure où ses produits ne sont proposés qu'aux consommateurs américains.

95 L'OHMI relève que la requérante a soulevé l'exception tirée de l'absence d'usage sérieux des marques de l'intervenante pour la première fois devant la chambre de recours, en sorte que c'est à juste titre que la chambre de recours a, en application de l'article 74 du règlement n° 40/94, rejeté la requête présentée pour la première fois devant elle.

96 À cet égard, l'OHMI rappelle que, en vertu de l'article 43 du règlement n° 40/94, le titulaire d'une marque communautaire antérieure apporte, sur requête du demandeur, 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 et services pour lesquels elle est enregistrée et sur lesquels l'opposition est fondée sous peine du rejet de son opposition, cette preuve pouvant être fournie dans le délai imparti par l'OHMI, conformément à la règle 22 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). Selon l'OHMI, pour qu'un tel effet se produise, la demande doit être formulée expressément et en temps utile. Le défaut de preuve de l'usage sérieux ne pourrait être sanctionné par un rejet de l'opposition que dans le cas où une telle preuve aurait été exigée, expressément et en temps utile, par le demandeur devant l'OHMI (arrêt MUNDICOR, point 19 supra, points 36 à 39).

97 L'intervenante partage, en substance, la position de l'OHMI et précise qu'elle est fortement établie sur le marché européen où elle distribue l'ensemble de ses produits.

Appréciation du Tribunal

98 À titre liminaire, il convient de relever que la requérante ne critique pas spécifiquement, dans sa requête, la décision attaquée en ce qu'elle a rejeté sa demande de preuve d'usage sérieux au motif qu'elle n'avait pas été déposée en temps

opportun devant la division d'opposition, mais que celle-ci conteste plutôt l'usage sérieux des marques de l'intervenante. Il y a néanmoins lieu de considérer son argumentation comme visant l'analyse faite par la chambre de recours concernant le moment auquel la preuve de l'usage sérieux peut être rapportée. C'est d'ailleurs en ce sens que tant l'OHMI que l'intervenante ont examiné le second moyen de la requérante dans leurs mémoires et que cette dernière a fait des observations lors de la procédure orale.

99 Dans ces conditions, il y a lieu de déterminer si, en décidant que la demande de preuve d'usage sérieux aurait dû être déposée en temps opportun devant la division d'opposition, la chambre de recours a violé le droit communautaire.

100 Il convient de rappeler que l'article 43 du règlement n° 40/94, intitulé «Examen de l'opposition», prévoit, en son paragraphe 1, que, au cours de l'examen de l'opposition, l'OHMI invite les parties, aussi souvent que cela est nécessaire, à présenter, dans un délai qu'il leur impartit, des observations sur les communications émanant des autres parties ou de lui-même. Ce même article dispose, en son paragraphe 2, que, 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. Le paragraphe 3 de cet article précise que 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.

101 En premier lieu, il est constant, en l'espèce, que la marque antérieure est une marque nationale, en l'occurrence une marque enregistrée au Royaume-Uni (voir points 5 et 6 ci-dessus), et que la division d'opposition a au demeurant constaté dans sa décision qu'il existait un risque de confusion sur le territoire du Royaume-Uni en ce qui concerne les produits compris dans la classe 10.

102 Dans ces conditions, il y a lieu de rectifier la référence que la chambre de recours a faite à l'article 43, paragraphe 2, du règlement n° 40/94, dans la mesure où ledit paragraphe ne concerne que les conséquences du non-usage d'une marque communautaire antérieure, alors que, en l'espèce, la marque antérieure est une marque nationale. Les dispositions pertinentes sont donc en réalité celles combinées des paragraphes 2 et 3 dudit article, le paragraphe 3 déclarant applicable le paragraphe 2 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 est protégée [voir, en ce sens, arrêts du Tribunal MUNDICOR, point 19 supra, point 33, et du 23 février 2006, Ponte Finanziaria/OHMI — Marine Enterprise Projects (BAINBRIDGE), T-194/03, Rec. p. II-445, point 31].

103 En second lieu, il convient de relever que la requérante a invoqué, pour la première fois devant la chambre de recours, l'absence de preuve de l'usage sérieux de la marque antérieure et que la chambre de recours, en se fondant sur l'article 43, paragraphe 2, du règlement n° 40/94, a rejeté cette demande au motif qu'elle aurait dû et aurait pu être faite en temps opportun devant la division d'opposition.

104 À cet égard, il convient de rappeler que, conformément à l'article 43 du règlement n° 40/94, ce n'est que lorsque le demandeur en a fait la requête que le titulaire d'une marque antérieure qui a formé une opposition est appelé à apporter la preuve que, au cours des cinq années qui précèdent la publication de la demande de marque communautaire, la marque antérieure a fait l'objet d'un usage sérieux sur le territoire où elle est protégée 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 (arrêt MUNDICOR, point 19 supra, point 37).

105 En substance, conformément à l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94, aux fins de l'examen d'une opposition introduite au titre de l'article 42 de ce même règlement, la marque antérieure est présumée avoir fait l'objet d'un usage sérieux aussi longtemps qu'une requête du demandeur ayant pour objet la preuve

d'un tel usage n'est pas présentée. La présentation d'une telle requête a donc pour effet de faire peser sur l'opposant la charge de prouver l'usage sérieux (ou l'existence de justes motifs pour le non-usage) sous peine du rejet de son opposition. Pour qu'un tel effet se produise, la demande doit être formulée expressément et en temps utile devant l'OHMI [arrêts du Tribunal MUNDICOR, point 19 supra, point 38; du 16 mars 2005, L'Oréal/OHMI — Revlon (FLEXI AIR), T-112/03, Rec. p. II-949, point 24, confirmé par ordonnance de la Cour du 27 avril 2006, L'Oréal/OHMI, C-235/05 P, non publiée au Recueil — Rec. 2006, p. I-57*, et du 7 juin 2005, Lidl Stiftung/OHMI — REWE-Zentral (Salvita), T-303/03, Rec. p. II-1917, point 77].

106 Afin qu'une telle demande soit considérée comme ayant été formulée en temps utile devant l'OHMI, elle doit être formulée devant la division d'opposition, l'usage sérieux de la marque constituant une question qui, une fois soulevée par le demandeur de la marque, doit être réglée avant qu'il soit décidé sur l'opposition proprement dite (arrêt FLEXI AIR, point 105 supra, point 26).

107 En effet, il résulte d'une lecture combinée de l'article 43 du règlement nº 40/94 et de la règle 22 du règlement nº 2868/95, que, après réception par l'OHMI d'une opposition à l'encontre d'une demande de marque communautaire, celui-ci transmet cette opposition au demandeur de cette marque et lui impartit un délai pour présenter ses observations à cet égard. La preuve de l'usage sérieux de la marque constituant, selon l'article 43, paragraphe 2, du règlement nº 40/94, une requête qui ne peut qu'émaner du demandeur de la marque communautaire, elle doit être formulée expressément devant la division d'opposition, cette demande ayant pour effet de modifier la nature du litige en faisant peser sur l'opposant une obligation à laquelle il n'était pas nécessairement tenu.

108 À défaut d'une telle requête formulée devant la division d'opposition et en l'absence de prise de décision de cette dernière sur la question de l'usage sérieux de la marque antérieure, la chambre de recours, saisie pour la première fois d'une demande de preuve d'usage sérieux de ladite marque, serait amenée à réexaminer une décision

sur la base d'une nouvelle demande qui soulève une question que la division d'opposition n'a donc pas pu examiner et sur laquelle elle ne s'est pas prononcée dans sa décision.

109 Il résulte de ce qui précède que la demande de preuve de l'usage sérieux de la marque antérieure ne peut être formulée que devant la division d'opposition.

110 Une telle interprétation n'est pas contraire au principe, invoqué par la requérante lors de la procédure orale, de la continuité fonctionnelle existant entre les différentes instances de l'OHMI telle qu'évoquée dans la jurisprudence du Tribunal [arrêts du Tribunal KLEENCARE, point 19 supra, points 25 et 26; HOOLIGAN, point 27 supra, point 18, et du 10 juillet 2006, La Baronia de Turis/OHMI — Baron Philippe de Rothschild (LA BARONNIE), T-323/03, Rec. p. II-2085, points 57 et 58].

111 En effet, il ne s'agit pas, en l'espèce, en tout état de cause, d'éléments de fait ou de droit qui n'auraient pas été invoqués par la requérante devant la division d'opposition, mais d'une requête de preuve de l'usage sérieux de la marque antérieure, c'est-à-dire d'une nouvelle demande procédurale qui modifie le contenu de l'opposition et qui est donc une question nécessairement préalable à l'examen de l'opposition, en sorte qu'elle aurait dû être formulée en temps utile devant la division d'opposition.

112 La requête de preuve de l'usage sérieux ajoute donc à la procédure d'opposition cette question préalable et, en ce sens, modifie son contenu. La présentation de cette requête pour la première fois devant la chambre de recours impliquerait l'examen par cette dernière d'une demande nouvelle et spécifique liée à des considérations factuelles et juridiques distinctes de celles ayant donné lieu à l'introduction d'une opposition à l'encontre de l'enregistrement d'une marque communautaire.

113 Or, si la continuité fonctionnelle entre la division d'opposition et la chambre de recours, évoquée dans la jurisprudence mentionnée au point 110 ci-dessus, implique un réexamen de l'affaire par cette dernière, elle ne saurait, en tout état de cause, justifier la présentation d'une telle requête pour la première fois devant la chambre de recours, dès lors qu'elle n'implique nullement un examen par la chambre de recours d'une affaire différente de celle soumise à la division d'opposition, à savoir une affaire dont la portée aurait été élargie par l'ajout de la question préalable de l'usage sérieux de la marque antérieure.

114 Dans ces conditions, c'est à bon droit que la chambre de recours a décidé, au point 14 de la décision attaquée, que «[l]a demande de [AMS Advanced Medical Services GmbH] de produire des preuves de l'usage [devait] être rejetée parce qu'elle [était] invoquée pour la première fois au cours de cette procédure alors qu'elle aurait pu et aurait dû avoir été faite en temps opportun devant la division d'opposition».

115 Il convient dès lors de rejeter le second moyen.

116 Il découle de l'ensemble de ce qui précède que le recours doit être rejeté.

Sur les dépens

117 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. La requérante ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens exposés par l'OHMI et l'intervenante, conformément aux conclusions de ceux-ci.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (cinquième chambre)

déclare et arrête:

1) Le recours est rejeté.

2) AMS Advanced Medical Services GmbH est condamnée aux dépens.

Vilaras Martins Ribeiro Jürimäe

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 18 octobre 2007.

Le greffier

E. Coulon

Le président

M. Vilaras