ARRÊT DU TRIBUNAL (sixième chambre élargie)

17 mars 2010 *

Dans l'affaire T-63/07,

Mäurer + Wirtz GmbH & Co. KG, établie à Stolberg (Allemagne), représentée par Me D. Eickemeier, avocat,

partie requérante,

contre

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

partie défenderesse,

* Langue de procédure : l'anglais.

l'autre partie à la procédure devant la chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) ayant été

Exportaciones Aceiteras Fedeoliva, AIE, établie à Jaén (Espagne),

ayant pour objet un recours formé contre la décision de la deuxième chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), du 18 décembre 2006 (affaire R 761/2006-2), relative à une procédure d'opposition entre Mülhens GmbH & Co. KG et Exportaciones Aceiteras Fedeoliva, AIE,

LE TRIBUNAL (sixième chambre élargie),

composé de MM. A. W. H. Meij (rapporteur), président, V. Vadapalas, M^me^ I. Labucka, MM. N. Wahl et L. Truchot, juges,

greffier : M. N. Rosner, administrateur,

vu la requête déposée au greffe du Tribunal le 1^er^ mars 2007,

vu le mémoire en réponse déposé au greffe du Tribunal le 20 juin 2007,

vu l'ordonnance du 30 mars 2009 autorisant la substitution de Mäurer + Wirtz GmbH & Co. KG à Mülhens GmbH & Co. KG,

vu la désignation de M[me] le juge Labucka pour compléter la chambre à la suite de l'empêchement de M. le juge Tchipev,

à la suite de l'audience du 11 juin 2009,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

1 Le 29 octobre 2003, Exportaciones Aceiteras Fedeoliva, AIE a présenté une demande d'enregistrement de marque communautaire à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (ci-après l'« Office »), 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 [remplacé par le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (JO L 78, p. 1)].

2 La marque dont l'enregistrement a été demandé est le signe figuratif suivant :



3 Les produits et services pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent des classes 16, 29, 35 et 39 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 16 : « Papier, carton et produits en ces matières, non compris dans d'autres classes ; matériaux pour l'impression ; articles pour reliures ; photographies ; papeterie ; adhésifs (matières collantes) pour la papeterie ou le ménage ; matériel pour les artistes ; pinceaux ; machines à écrire et articles de bureau (à l'exception des meubles) ; matériel d'instruction ou d'enseignement (à l'exception des appareils) ; matières plastiques pour l'emballage (non comprises dans d'autres classes) ; caractère d'imprimerie ; clichés et clichés d'imprimerie » ;

— classe 29 : « Huiles comestibles, en particulier huile d'olive » ;

— classe 35 : « Services de publicité, gestion des affaires commerciales, administration commerciale, import-export, services d'aide à l'exploitation et à la direction d'une entreprise commerciale sous régime de franchise ; services de vente au détail dans les commerces et par des réseaux informatiques mondiaux, services de promotion et de représentation de produits » ;

— classe 39 : « Transport ; emballage et entreposage de marchandises ; organisation de voyages ».

4 La demande de marque a été publiée au *Bulletin des marques communautaires* nº 41/2004, du 11 octobre 2004.

5 Le 7 janvier 2005, Mülhens GmbH & Co. KG a formé opposition à l'encontre de l'enregistrement de la marque demandée, sur le fondement de l'article 8, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 5, du règlement nº 40/94 [devenu article 8, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 5, du règlement nº 207/2009].

6 À l'appui de son opposition, Mülhens a invoqué l'enregistrement des marques antérieures suivantes :

— la marque communautaire verbale 90852 TOSCA, enregistrée le 16 février 2001, pour les « parfumerie, huiles essentielles, cosmétiques, dentifrices, savons » ;

— la marque allemande verbale 102194 TOSCA, enregistrée le 26 octobre 1907, pour les « savons de Marseille et savonnettes solides et en poudre, parfumerie, eau de Cologne, lanoline, pommades cosmétiques, maquillage, poudres, huiles capillaires, lotions capillaires, lotions pour le cuir chevelu, ustensiles pour le soin des dents et de la bouche, pour le soin de la peau et de la barbe, colorations capillaires, berlingots parfumés, brosses pour les dents et les ongles, sels de bain » ;

— la marque allemande verbale 258495 TOSCA, enregistrée le 10 janvier 1921, pour les « préparations cosmétiques, en particulier préparations parfumées » ;

— la marque allemande verbale 301590 TOSCA, enregistrée le 7 mai 1923, pour les « savons de Marseille et savonnettes solides et en poudre, parfumerie, eau de Cologne, lanoline, pommades cosmétiques, maquillage, poudres, huiles capillaires, lotions capillaires, lotions pour le cuir chevelu, ustensiles pour le soin des dents et

de la bouche, pour le soin de la peau et de la barbe, colorations capillaires, berlingots parfumés, brosses pour les dents et les ongles, sels de bain » ;

— la marque allemande verbale 1048297 TOSCA, enregistrée le 13 mai 1983, pour les « parfumerie, huiles essentielles, cosmétiques, savons, dentifrices, lotions capillaires, produits chimiques à des fins sanitaires, désinfectants » ;

— la marque notoirement connue TOSCA, utilisée en Allemagne pour les « parfumerie, eau de toilette, eau de Cologne, lotion pour le corps, savonnettes, gel douche, déodorants, talc ».

7 L'opposition était fondée en particulier sur les « parfumerie, eau de toilette, eau de Cologne, lotion pour le corps, savonnettes, gel douche, déodorants, talc », produits pour lesquels Mülhens invoquait la renommée des marques antérieures, et était dirigée à l'encontre de l'ensemble des produits et des services désignés dans la demande de marque.

8 Le 10 avril 2006, la division d'opposition a rejeté l'opposition dans son intégralité aux motifs que, d'une part, les produits et services visés par les marques en conflit étaient clairement différents, ce qui faisait obstacle à tout risque de confusion au sens de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 et, d'autre part, la requérante avait omis de présenter les faits, preuves et observations appropriées afin de démontrer que l'usage de la marque demandée lui serait préjudiciable ou tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée des marques antérieures, au sens de l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94.

9 Le 31 mai 2006, Mülhens a formé un recours auprès de l'Office contre la décision de la division d'opposition.

10 Par décision du 18 décembre 2006 (ci-après la « décision attaquée »), la chambre de recours a rejeté le recours. Elle a, tout d'abord, confirmé l'appréciation de la division d'opposition, selon laquelle les produits et services désignés par les marques en conflit étaient différents et, partant, il ne pouvait y avoir de risque de confusion au sens de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94. La chambre de recours a, ensuite, rejeté l'opposition en tant qu'elle était fondée sur l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94, au motif que Mülhens avait uniquement produit des observations et des preuves aux fins de démontrer la renommée de ses marques antérieures TOSCA en Allemagne, sans avoir présenté d'éléments ou d'observations aux fins de démontrer que l'usage sans juste motif de la marque demandée tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée des marques antérieures ou lui porterait préjudice. Elle a, de surcroît, rejeté l'argument de Mülhens relatif à l'existence d'un risque de dilution par diminution du caractère distinctif des marques antérieures, dans la mesure où celui-ci était soulevé pour la première fois au stade du recours devant elle.

Conclusions des parties

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

— annuler la décision attaquée ;

— rejeter la demande d'enregistrement de marque communautaire ;

— condamner l'Office aux dépens.

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

— rejeter le recours ;

— condamner la requérante aux dépens.

En droit

Sur la recevabilité du deuxième chef de conclusions

13 Par son deuxième chef de conclusions, la requérante demande au Tribunal de rejeter la demande d'enregistrement de marque communautaire.

14 À cet égard, ce chef de conclusions de la requérante devant être interprété comme tendant, en substance, à enjoindre à l'Office de rejeter la demande d'enregistrement de marque communautaire, il y a lieu de relever que, conformément à l'article 63, paragraphe 6, du règlement nº 40/94 [devenu article 65, paragraphe 6, du règlement nº 207/2009], l'Office est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du juge de l'Union. Dès lors, il n'appartient pas au Tribunal d'adresser une injonction à l'Office. Il incombe, en effet, à ce dernier de tirer les conséquences du dispositif et des motifs des arrêts du Tribunal [voir arrêt du Tribunal du 21 avril 2005, Ampafrance/OHMI — Johnson & Johnson (monBeBé), T-164/03, Rec. p. II-1401, point 24, et la jurisprudence citée].

15 Il y a donc lieu de déclarer ce deuxième chef de conclusions irrecevable.

Sur le fond

16 La requérante invoque, en substance, trois moyens, tirés, le premier, d'une violation de l'article 43, paragraphe 1, de l'article 73 et de l'article 74, paragraphes 1 et 2, du règlement nº 40/94 (devenus, respectivement, article 42, paragraphe 1, article 75 et article 76, paragraphes 1 et 2, du règlement nº 207/2009), le deuxième, d'une violation de l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94 et, le troisième, d'une violation de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94.

17 Le Tribunal estime qu'il convient d'examiner en premier lieu le troisième moyen.

Sur le troisième moyen, tiré d'une violation de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94

— Arguments des parties

18 La requérante soutient que les produits et services visés par les marques en conflit sont partiellement similaires, dans la mesure où, d'une part, l'huile d'olive est fréquemment utilisée à des fins cosmétiques dans les gels douches et les shampoings compris dans la classe 29 et, d'autre part, le conditionnement de ces produits est revêtu du signe visé par les marques antérieures, de sorte qu'une similitude avec les « emballage et entreposage de marchandise » figurant dans la classe 39 doit être constatée.

19 La requérante fait également valoir qu'un risque de confusion existe et estime que le consommateur moyen est susceptible de penser que les produits désignés par la demande de marque et ses produits proviennent de la même entreprise.

20 L'Office conteste les arguments de la requérante.

— Appréciation du Tribunal

21 Ainsi que la chambre de recours l'a relevé au point 16 de la décision attaquée, la requérante n'a, au stade du recours devant elle, avancé aucun argument tendant à contester la décision de la division d'opposition en ce qu'elle a rejeté l'opposition fondée sur l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94.

22 Or, aux termes de l'article 74, paragraphe 1, du règlement nº 40/94, dans une procédure concernant des motifs relatifs de refus d'enregistrement, l'examen est limité aux moyens invoqués et aux demandes présentées par les parties. Il s'ensuit que, s'agissant d'un motif relatif de refus d'enregistrement, des éléments de droit et de fait qui sont invoqués devant le Tribunal sans avoir été portés auparavant devant la chambre de recours ne sauraient affecter la légalité d'une décision de ladite chambre [arrêt de la Cour du 13 mars 2007, OHMI/Kaul, C-29/05 P, Rec. p. I-2213, point 54, et arrêt du Tribunal du 15 février 2005, Cervecería Modelo/OHMI — Modelo Continente Hipermercados (NEGRA MODELO), T-169/02, Rec. p. II-505, point 22].

23 Il s'ensuit que, dans le cadre du contrôle de légalité des décisions des chambres de recours, confié au Tribunal en vertu de l'article 63 du règlement nº 40/94, des éléments de droit et de fait qui sont invoqués devant le Tribunal sans avoir été portés auparavant devant les instances de l'Office ne peuvent être examinés pour apprécier la légalité de la décision de la chambre de recours et doivent, par conséquent, être déclarés irrecevables (arrêt NEGRA MODELO, précité, points 22 et 23).

24 Dans la mesure où la requérante n'a, au soutien de son recours devant la chambre de recours, avancé aucun argument tendant à contester le bien-fondé de la décision de la division d'opposition en ce qui concerne l'application de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, il convient de rejeter le présent moyen comme irrecevable.

Sur le premier moyen, tiré d'une violation de l'article 43, paragraphe 1, de l'article 73 et de l'article 74, paragraphes 1 et 2, du règlement nº 40/94

— Arguments des parties

25 La requérante soutient que la chambre de recours a commis une erreur en déclarant irrecevable, dans la mesure où il introduit un nouvel élément de fait, son argument tiré de l'existence d'un risque de dilution par diminution du caractère distinctif des marques antérieures. Elle relève que cet argument ne fait que soulever un aspect de la question du préjudice causé au caractère distinctif et à la renommée des marques antérieures et que, par conséquent, il a été avancé dans le délai imparti par l'Office. La requérante considère, par ailleurs, qu'il n'est pas interdit de produire des éléments nouveaux postérieurement à l'expiration du délai visé à l'article 42, paragraphe 3, du règlement nº 40/94 (devenu article 41, paragraphe 3, du règlement nº 207/2009) et à la règle 19 du règlement (CE) nº 2868/95 de la Commission, du 13 décembre 1995, portant modalités d'application du règlement nº 40/94 (JO L 303, p. 1), et que, en l'espèce, la chambre de recours a omis d'exercer le pouvoir d'appréciation que lui confère l'article 74, paragraphe 2, du règlement nº 40/94.

26 La requérante avance, en outre, que, en ne l'informant pas de ce qu'elle ne prendrait pas en considération des éléments nouveaux avancés pour la première fois devant elle, la chambre de recours a violé l'article 43, paragraphe 1, du règlement nº 40/94, dans la mesure où elle n'a pas invité les parties à présenter leurs observations aussi souvent que cela était nécessaire. Elle aurait également violé l'article 73 du règlement nº 40/94 en

fondant la décision attaquée sur des motifs sur lesquels la requérante n'a pas été entendue.

27 L'Office fait valoir, tout d'abord, que le présent moyen est superflu dans la mesure où, même si la chambre de recours avait examiné l'argument tiré du risque de dilution par diminution du caractère distinctif, l'issue de l'affaire aurait été identique, dès lors que la requérante n'avait présenté aucun élément au soutien de son allégation.

28 L'Office soutient, ensuite, que, dans la mesure où ce nouvel argument est manifestement insuffisant pour justifier l'application de l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94 et, ainsi, pour influencer l'issue de l'affaire, l'une des conditions établies dans l'arrêt OHMI/Kaul, précité, pour prendre en compte les arguments présentés tardivement n'est pas satisfaite. Par ailleurs, la requérante aurait fait preuve d'un comportement intentionnellement dilatoire, ou à tout le moins excessivement négligent, en omettant de présenter devant la division d'opposition un argument à ce point déterminant qu'aucune discussion effective du motif de refus invoqué ne pourrait être menée en son absence. L'Office fait observer, à cet égard, que la requérante n'explique pas la raison pour laquelle elle n'a pas présenté cet argument devant la division d'opposition.

— Appréciation du Tribunal

29 Il convient de relever que, au point 31 de la décision attaquée, la chambre de recours a constaté que la requérante avait coché la case 95 de l'acte d'opposition, indiquant ainsi que l'opposition formée à l'encontre de l'enregistrement de la marque demandée reposait sur la considération selon laquelle cette dernière tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque antérieure ou qu'il leur porterait préjudice et, partant, que l'opposition était fondée sur l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94.

30 Au point 35 de la décision attaquée, la chambre de recours a également constaté que, dans le délai prescrit pour présenter les faits, preuves et observations à l'appui de l'opposition, visé à l'article 42, paragraphe 3, du règlement nº 40/94, la requérante avait produit devant la division d'opposition des observations et des preuves afin de démontrer la renommée en Allemagne de ses marques antérieures verbales TOSCA, mais qu'elle n'avait produit aucune preuve ou observation tendant à démontrer que l'usage sans juste motif de la marque demandée tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée des marques antérieures ou leur porterait préjudice.

31 Il y a lieu de relever, ensuite, que, ainsi qu'il ressort du point 37 de la décision attaquée, la requérante a, au stade de la procédure devant la chambre de recours, présenté l'argument selon lequel l'usage de la marque demandée entraînerait une érosion de la renommée des marques antérieures, dans la mesure où le public cesserait d'associer les produits de la requérante à la marque TOSCA. Or, au point 38 de la décision attaquée, la chambre de recours a qualifié cette prétention de « nouvel élément de fait », dont elle a rejeté la recevabilité en application de l'article 74, paragraphe 2, du règlement nº 40/94, aux motifs qu'il avait été invoqué après le délai fixé par la division d'opposition et que la requérante n'avait invoqué l'existence ni d'éléments nouveaux ni de difficultés de fait ou de droit l'ayant empêchée de présenter cet argument pendant la procédure devant la division d'opposition (points 41 et 43 à 45 de la décision attaquée).

32 Contrairement à la chambre de recours, le Tribunal observe toutefois que cet argument se limite à formuler, au stade de la procédure devant la chambre de recours, un élément qui a été mis en avant dès l'introduction de l'acte d'opposition. En effet, en cochant la case 95 de ce dernier, la requérante avait fait savoir que son opposition se fondait sur la considération selon laquelle la marque demandée tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée des marques antérieures ou qu'il leur porterait préjudice.

33 Ainsi, l'argument avancé au stade de la procédure devant la chambre de recours précise tout au plus la nature du préjudice causé aux marques antérieures, à savoir ce que la requérante identifie comme étant l'érosion de leur renommée, et en présente une justification sommaire, tenant au fait allégué que « le public cesserait d'associer [s]es produits […] à la marque TOSCA ».

34 Il importe de rappeler, à cet égard, que les critères d'application d'un motif relatif de refus ou de toute autre disposition invoqués à l'appui des demandes formées par les parties font naturellement partie des éléments de droit soumis à l'examen de l'Office [arrêts du Tribunal du 1er février 2005, SPAG/OHMI — Dann et Backer (HOOLIGAN), T-57/03, Rec. p. II-287, point 21, et du 16 janvier 2007, Calavo Growers/OHMI — Calvo Sanz (Calvo), T-53/05, Rec. p. II-37, point 59]. Or, l'argument de la requérante se limite à affirmer que les conditions de l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94 sont satisfaites en l'espèce et en présente succinctement le motif, à savoir que le public cesserait d'associer aux marques antérieures les produits qu'elles désignent.

35 Compte tenu des motifs de l'opposition avancés par la requérante devant la division d'opposition, le Tribunal considère que cet argument constitue une simple précision quant à la nature du risque de préjudice allégué et une justification quant à celui-ci, sans ajout d'un élément de fait nouveau au sens de l'article 74, paragraphe 2, du règlement nº 40/94.

36 Par conséquent, la chambre de recours a commis une erreur de droit en qualifiant ledit argument, tendant à préciser la nature et l'origine du préjudice que l'opposition à l'enregistrement de la marque demandée vise à prévenir en vertu de l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94, de nouvel élément de fait invoqué, au sens de l'article 74, paragraphe 2, du règlement nº 40/94, et en le rejetant comme irrecevable. L'argument de la requérante devait être pris en considération par la chambre de recours, conformément à l'article 74, paragraphe 1, dudit règlement.

37 L'Office fait valoir subsidiairement que l'argument de la requérante est en tout état de cause manifestement insuffisant pour faire droit à l'opposition en l'application de l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94, dans la mesure où elle n'a présenté aucun élément de preuve au soutien de son allégation.

38 À cet égard, il convient de constater que la motivation de la décision attaquée ne fait apparaître aucune appréciation quant à la question de savoir si l'argument de la

requérante était en tout état de cause manifestement insuffisant pour justifier l'application de l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94.

39 Or, il importe de relever que la mesure dans laquelle l'opposant qui entend se prévaloir du motif relatif de refus visé à l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94 doit invoquer et prouver un risque futur non hypothétique de préjudice porté aux marques antérieures ou de profit indûment tiré par la marque demandée varie en fonction de ce que la marque demandée apparaît ou non, à première vue, susceptible de créer l'un des risques visés par cette disposition.

40 En effet, il est possible, notamment dans le cas d'une opposition fondée sur une marque bénéficiant d'une renommée exceptionnellement élevée, que la probabilité d'un risque futur non hypothétique de préjudice porté à la marque antérieure ou de profit indûment tiré par la marque demandée soit tellement évidente que l'opposant n'a besoin d'invoquer et de prouver aucun autre élément factuel à cette fin. Toutefois, il est également possible que la marque demandée n'apparaisse pas, à première vue, susceptible de créer l'un des risques visés par l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94 pour la marque antérieure renommée, en dépit de son identité ou de sa similarité avec cette dernière, auquel cas ledit risque futur non hypothétique de préjudice ou de profit indûment tiré doit être démontré à l'aide d'autres éléments, qu'il appartient à l'opposant d'invoquer et de prouver [arrêt du Tribunal du 22 mars 2007, Sigla/OHMI — Elleni Holding (VIPS), T-215/03, Rec. p. II-711, point 48].

41 En l'espèce, compte tenu, notamment, des éléments de preuve produits quant à la renommée des marques antérieures, il appartenait ainsi à la chambre de recours d'apprécier si la précision apportée par la requérante au sujet du type de risque que ferait courir auxdites marques l'enregistrement de la marque demandée, à savoir ce que la requérante identifie comme étant l'érosion de leur renommée, et la justification avancée à cet égard, à savoir la prétention selon laquelle le public cesserait d'associer aux marques antérieures les produits qu'elles désignent, étaient suffisantes pour faire droit à l'opposition en application de l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94.

42 Or, ainsi qu'il a déjà été relevé, il ressort de la décision attaquée que la chambre de recours n'a aucunement apprécié cette question, puisqu'elle a uniquement rejeté comme irrecevable l'argument de la requérante.

43 Dans ces conditions, force est de constater que la prétention de l'Office, selon laquelle l'argument de la requérante est en tout état de cause manifestement insuffisant pour justifier l'application de l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94, dans la mesure où celle-ci n'a présenté aucun élément de preuve au soutien de son allégation, ne saurait être prise en considération par le Tribunal dans l'appréciation de la légalité de la décision attaquée.

44 En effet, dans le cadre d'une demande en annulation, le Tribunal effectue un contrôle de légalité des décisions des chambres de recours. S'il conclut qu'une telle décision, mise en cause dans un recours devant lui, est entachée d'une illégalité, il doit l'annuler, sans pouvoir rejeter le recours en substituant sa propre motivation à celle de la chambre de recours, auteur de l'acte attaqué.

45 Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de constater que, en rejetant comme irrecevable l'argument présenté par la requérante au cours de la procédure devant elle, selon lequel l'enregistrement de la marque demandée causerait une érosion de la renommée des marques antérieures du fait que le public cesserait d'associer à ces dernières les produits qu'elles désignent, la chambre de recours a méconnu l'article 74, paragraphe 1, du règlement nº 40/94.

46 En conséquence, il y a lieu d'accueillir le premier moyen de la requérante et d'annuler la décision attaquée sur ce fondement pour autant que la chambre de recours a rejeté l'opposition fondée sur l'article 8, paragraphe 5, du règlement nº 40/94, sans qu'il soit besoin d'examiner le bien-fondé du deuxième moyen.

Sur les dépens

47 Aux termes de l'article 87, paragraphe 3, du règlement de procédure du Tribunal, le Tribunal peut répartir les dépens ou décider que chaque partie supporte ses propres dépens si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs. L'Office et la requérante ayant chacun succombé en partie, il y a lieu de les condamner à supporter leur propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (sixième chambre élargie)

déclare et arrête :

1) La décision de la deuxième chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) du 18 décembre 2006 (affaire R 761/2006-2) est annulée dans la mesure où elle rejette l'opposition formée sur le fondement de l'article 8, paragraphe 5, du règlement (CE) nº 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire [devenu article 8, paragraphe 5, du règlement (CE) nº 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire].

2) Le recours est rejeté pour le surplus.

3) Mäurer + Wirtz GmbH & Co. KG et l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) supporteront chacun leurs propres dépens.

Meij Vadapalas Labucka

Wahl Truchot

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 17 mars 2010.

Signatures