ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

26 avril 2007 *

Dans l'affaire C-412/05 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice, introduit le 23 novembre 2005,

Alcon Inc., établie à Hünenberg (Suisse), représentée par M. G. Breen, solicitor, et M. J. Gleeson, SC, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

les autres parties à la procédure étant:

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

partie défenderesse en première instance,

* Langue de procédure: l'anglais.

Biofarma SA, établie à Neuilly-sur-Seine (France), représentée par Mes V. Gil Vega et A. Ruiz López, abogados,

partie intervenante en première instance,

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. A. Rosas, président de chambre, MM. A. Tizzano, A. Borg Barthet, J. Malenovský et A. Ó Caoimh (rapporteur), juges,

avocat général: Mme J. Kokott,
greffier: M. J. Swedenborg, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 27 septembre 2006,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 26 octobre 2006,

rend le présent

Arrêt

1 Par son pourvoi, Alcon Inc. demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 22 septembre 2005, Alcon/OHMI — Biofarma (TRAVATAN) (T-130/03, Rec. p. II-3859, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a rejeté son recours tendant à l'annulation de la décision de la troisième chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) du 30 janvier 2003 (affaire R 968/2001-3), refusant l'enregistrement du signe verbal «TRAVATAN» en tant que marque communautaire (ci-après la «décision litigieuse»).

Le cadre juridique

2 L'article 48, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement de procédure du Tribunal prévoit que «[l]a production de moyens nouveaux en cours d'instance est interdite à moins que ces moyens ne se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure».

3 Selon l'article 135, paragraphe 4, dudit règlement, «[l]es mémoires des parties ne peuvent modifier l'objet du litige devant la chambre de recours».

4 L'article 8, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1), prévoit:

«1. Sur opposition du titulaire d'une marque antérieure, la marque demandée est refusée à l'enregistrement:

[...]

b) 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.»

5 L'article 8, paragraphe 2, sous a), ii), de ce règlement est rédigé dans les termes suivants:

«Aux fins du paragraphe 1, on entend par 'marques antérieures':

a) les marques dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande de marque communautaire, compte tenu, le cas échéant, du droit de priorité invoqué à l'appui de ces marques, et qui appartiennent aux catégories suivantes:

[...]

ii) les marques enregistrées dans un État membre [...]»

6 L'article 43, paragraphes 2 et 3, de ce même règlement prévoit:

«2. Sur requête du demandeur, le titulaire d'une marque communautaire antérieure qui a formé opposition, apporte la preuve que, au cours des cinq années qui précèdent la publication de la demande de marque communautaire, la marque

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

3. Le paragraphe 2 s'applique aux marques nationales antérieures visées à l'article 8 paragraphe 2 point 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.»

7 Selon l'article 44, paragraphe 1, dudit règlement, le demandeur peut à tout moment retirer sa demande de marque communautaire ou limiter la liste des produits ou des services qu'elle contient.

8 L'article 63, paragraphes 1 à 3, du règlement n° 40/94 dispose ce qui suit:

«1. Les décisions des chambres de recours statuant sur un recours sont susceptibles d'un recours devant [le Tribunal].

2. Le recours est ouvert pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du traité, du présent règlement ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir.

3. [Le Tribunal] a compétence aussi bien pour annuler que pour réformer la décision attaquée.»

9 Le 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), énonce, à la règle 13, paragraphe 1, les renseignements que doit comporter une requête en modification de la demande présentée en application de l'article 44 de ce dernier règlement.

Les antécédents du litige

10 Le 11 juin 1998, la requérante a présenté à l'OHMI une demande d'enregistrement comme marque communautaire du signe verbal «TRAVATAN» pour les «produits pharmaceutiques ophtalmiques». Les produits pour lesquels l'enregistrement a été

demandé relèvent de la classe 5 au sens de l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que révisé et modifié (ci-après l'«arrangement de Nice»), à savoir les «[p]roduits pharmaceutiques et vétérinaires; produits hygiéniques pour la médecine; 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».

11 Le 22 juin 1999, Biofarma SA (ci-après «Biofarma») a formé, au titre de l'article 42 du règlement n° 40/94, une opposition à l'enregistrement de cette marque communautaire. Cette opposition était fondée sur l'existence de la marque nationale verbale TRIVASTAN (ci-après la «marque antérieure»), enregistrée en Italie le 27 janvier 1986, et sur l'ensemble des produits couverts par celle-ci, à savoir les «[p]roduits pharmaceutiques, vétérinaires et hygiéniques; produits diététiques pour enfants ou malades; emplâtres, matériel pour pansements; matières pour plomber les dents et pour empreintes dentaires; désinfectants; préparations pour détruire les herbes et les animaux nuisibles», relevant de la classe 5. Ladite opposition était dirigée contre tous les produits visés dans la demande d'enregistrement de marque communautaire contestée.

12 Invitée à apporter des preuves de l'usage sérieux de la marque antérieure en Italie, Biofarma a communiqué à l'OHMI, le 28 juillet 2000, un certain nombre de documents à cette fin.

13 L'opposition formée par Biofarma a été accueillie par une décision de la division d'opposition de l'OHMI du 26 septembre 2001, laquelle a estimé que l'usage de la

marque antérieure était démontré pour un produit pharmaceutique spécifique, à savoir un «vasodilatateur périphérique destiné à traiter des troubles vasculaires périphériques et cérébraux et des désordres vasculaires de l'œil et de l'oreille». Ladite division d'opposition a, par conséquent, refusé l'enregistrement comme marque communautaire du signe verbal «TRAVATAN», au motif qu'il existait un risque de confusion, incluant le risque d'association avec la marque antérieure, en Italie, compte tenu du fait que les marques en cause étaient similaires tant du point de vue visuel que phonétique et qu'il existait une certaine similitude des produits concernés.

14 Le 13 novembre 2001, la requérante a formé un recours contre cette décision devant la troisième chambre de recours de l'OHMI, laquelle a, par la décision litigieuse, rejeté ce recours, confirmant ainsi la décision de la division d'opposition dont elle a adopté en substance les motifs.

L'arrêt attaqué

15 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 17 avril 2003, la requérante a introduit un recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse. Elle a soulevé à cette fin deux moyens tirés de la violation, respectivement, des articles 43, paragraphes 2 et 3, ainsi que 8, paragraphe 1, sous b) et c), du règlement n° 40/94.

16 À titre liminaire, avant d'examiner ces moyens, le Tribunal a jugé, aux points 17 à 22 de l'arrêt attaqué, que le moyen présenté par la requérante lors de l'audience, tiré de l'arrêt du Tribunal du 8 juillet 2004, MFE Marienfelde/OHMI — Vétoquinol

(HIPOVITON) (T-334/01, Rec. p. II-2787), selon lequel les conditions requises pour que la marque antérieure soit considérée comme ayant fait l'objet d'un usage sérieux n'étaient pas remplies, notamment en raison du faible volume commercial de cette marque, devait être rejeté comme irrecevable. À cet égard, après avoir rappelé les termes de l'article 48, paragraphe 2, premier alinéa, de son règlement de procédure, le Tribunal a constaté, d'une part, que, dans sa requête, la requérante avait fait grief à la chambre de recours d'avoir violé l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement nº 40/94 non pas en ce que lesdites conditions n'étaient pas remplies, mais seulement en ce que la preuve de l'usage sérieux produite par Biofarma ne démontrait pas que la marque antérieure avait effectivement été utilisée pour les produits ophtalmiques et, d'autre part, que ladite requérante n'avait aucunement établi l'existence d'un élément de fait ou de droit nouveau au sens dudit article 48.

17 Au point 23 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a ajouté que, «en tout état de cause», même si ce moyen devait être interprété comme constituant un argument rattaché au moyen présenté dans la requête, le contrôle qu'il exerce dans le cadre de l'examen de la légalité de la décision litigieuse ne pouvait aller au-delà du cadre factuel et juridique du litige, tel qu'il a été porté devant la chambre de recours. Or, le Tribunal a constaté, au point 24 de cet arrêt, que, lors de la procédure devant l'OHMI, la requérante n'avait pas contesté le fait que la preuve fournie par Biofarma démontrait l'usage sérieux de la marque antérieure pour un certain produit, la requérante ayant même déclaré, devant la division d'opposition, avoir «pris bonne note de la documentation fournie pour prouver l'usage de la marque TRIVASTAN en Italie» et qu'elle se proposait de ne «pas contester ce point». Le Tribunal a dès lors jugé, au point 25 dudit arrêt, que les arguments de la requérante ne pouvaient qu'être rejetés.

18 Le Tribunal a ensuite rejeté, aux points 29 à 33 de l'arrêt attaqué, le premier moyen soulevé par la requérante, au motif que la chambre de recours avait conclu à bon

droit que la preuve fournie par Biofarma démontrait l'usage sérieux de la marque antérieure. À cet égard, le Tribunal a constaté, en substance, aux points 30 et 31 dudit arrêt, que, si l'une des indications thérapeutiques du médicament portant la marque TRIVASTAN est le traitement des désordres vasculaires de l'œil et qu'il est prouvé qu'il a été vendu pendant plusieurs années, il est superflu d'exiger de prouver que ce médicament a réellement été pris par des patients souffrant de désordres vasculaires des yeux.

19 Quant au second moyen, le Tribunal, après avoir rappelé, aux points 45 à 47 de l'arrêt attaqué, les dispositions applicables et la jurisprudence en matière de risque de confusion avec une marque antérieure, a relevé, aux points 48 et 49 dudit arrêt:

«48 En l'espèce, la marque antérieure TRIVASTAN est enregistrée en Italie, qui constitue donc le territoire pertinent aux fins de l'application de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

49 Il est constant que les produits en cause sont des médicaments nécessitant une prescription du médecin avant leur vente aux consommateurs finaux dans les pharmacies. Dès lors, le public pertinent est constitué non seulement des consommateurs finaux, mais également des professionnels, c'est-à-dire des médecins qui prescrivent le médicament ainsi que des pharmaciens qui vendent le médicament prescrit.»

20 Le Tribunal a dès lors estimé, au point 50 de l'arrêt attaqué, que c'est à la lumière de ces considérations qu'il convenait de procéder à la comparaison, d'une part, des produits concernés et, d'autre part, des signes en conflit.

21 En ce qui concerne, en premier lieu, la comparaison de ces produits, le Tribunal a, à titre liminaire, rejeté, aux points 51 à 53 de l'arrêt attaqué, la limitation de la liste des produits revendiqués à laquelle la requérante prétendait avoir procédé, constatant, au point 53 dudit arrêt, que la requérante n'avait pas présenté en ce sens de requête en modification de la demande d'enregistrement de marque conformément à l'article 44 du règlement nº 40/94 et à la règle 13 du règlement nº 2868/95.

22 Le Tribunal a dès lors considéré, au point 55 de cet arrêt, que les produits à comparer sont les «produits pharmaceutiques ophtalmiques» et le «vasodilatateur périphérique destiné à traiter des troubles vasculaires périphériques et cérébraux et des désordres vasculaires de l'œil et de l'oreille».

23 À cet égard, le Tribunal a d'abord observé, au point 57 de l'arrêt attaqué que ces produits sont de même nature (produits pharmaceutiques), ont la même finalité ou destination (traitement des désordres oculaires d'origine vasculaire ou non), s'adressent aux mêmes consommateurs (les professionnels, y compris les médecins et pharmaciens, ainsi que les véritables utilisateurs finaux, c'est-à-dire les patients atteints de troubles oculaires), empruntent les mêmes canaux de distribution (en règle générale, les pharmacies) et présentent un caractère potentiellement complémentaire. Il en a déduit qu'il ne fait donc aucun doute qu'ils puissent être fabriqués ou commercialisés par les mêmes opérateurs économiques.

24 Ensuite, au point 58 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté l'argument de la requérante selon lequel les produits ne sont pas similaires, le produit de Biofarma étant constitué d'une tablette prise par voie orale, alors que le produit de la requérante se présente sous la forme de gouttes ophtalmiques. En effet, selon le Tribunal, cette différence dans le mode d'administration du médicament ne saurait prédominer, en l'espèce, sur la nature et la destination commune des deux produits.

25 Enfin, aux points 59 et 60 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté comme non pertinent l'argument de la requérante tiré du fait que son médicament est prescrit par un ophtalmologue, tandis que le médicament de Biofarma est prescrit par un spécialiste en matière de troubles vasculaires.

26 En ce qui concerne, en second lieu, la comparaison des signes en cause, le Tribunal a d'abord jugé, au point 66 de l'arrêt attaqué, que la chambre de recours n'avait pas commis d'erreur en constatant que ces signes étaient similaires sur le plan visuel. À cet égard, le Tribunal a relevé, au point 65 dudit arrêt:

«65 [...] La chambre de recours a constaté, à juste titre, que, sur le plan visuel, les deux signes étaient presque de même longueur et présentaient sept lettres, 't', 'r', 'v', 'a', 't', 'a' et 'n', en commun, placées dans le même ordre. Elle a également indiqué avec pertinence qu'ils débutaient par les mêmes lettres 't' et 'r' et avaient la même finale en 'tan'. Il convient de relever que le fait que les deux

premières lettres ne forment pas entièrement la première syllabe n'a pas d'importance, en l'espèce, lors de la comparaison visuelle. Il convient donc d'en conclure que l'impression d'ensemble créée par ces ressemblances visuelles est que les signes sont similaires. La chambre de recours avait raison de constater que les différences entre les signes en question, dues au fait que la troisième lettre de chaque signe est différente (les voyelles 'i' et 'a') et à la présence d'une lettre supplémentaire au sein de la marque antérieure (la consonne 's'), n'étaient pas susceptibles de neutraliser cette impression, ces éléments étant visuellement peu perceptibles.»

27 Ensuite, le Tribunal a considéré, au point 70 de l'arrêt attaqué, que la chambre de recours n'avait pas non plus commis d'erreur en constatant qu'il existait une similitude phonétique entre les signes en conflit. À cet égard, le Tribunal a jugé, au point 69 dudit arrêt:

«69 [...] les deux signes consistent en des mots ayant la même longueur phonétique, le même son initial ('tr'), le même son final (la syllabe 'tan'), des sons intermédiaires presque similaires ('va'/'vas') et la même cadence, la majorité des phonèmes étant identiques et apparaissant dans le même ordre. Il y a lieu de relever que l'existence d'un nombre si important d'éléments communs empêche le consommateur italien de percevoir clairement les petites différences entre ces signes, ce qui est de nature à engendrer chez lui une certaine confusion.»

28 Enfin, le Tribunal a jugé, au point 74 de l'arrêt attaqué, qu'il n'y avait pas de similitude conceptuelle entre les signes en question.

29 Dans ces conditions, le Tribunal a considéré, aux points 75, 76 et 80 dudit arrêt, que, étant donné la similitude importante des produits concernés ainsi que la similitude visuelle et phonétique des signes en cause, il existait un risque de confusion entre ces signes dans la mesure où le public pouvait croire que les produits en question provenaient de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement. Par conséquent, il a rejeté le second moyen de la requérante et, partant, le recours dans son ensemble.

Les conclusions des parties

30 Par son pourvoi, la requérante demande à la Cour:

— d'annuler l'arrêt attaqué;

— de renvoyer, le cas échéant, l'affaire devant le Tribunal, et

— de condamner l'OHMI et/ou Biofarma aux dépens.

31 L'OHMI demande à la Cour de rejeter le pourvoi et de condamner la requérante aux dépens.

32 Biofarma, qui n'a pas déposé de mémoire en réponse mais qui a été entendue à l'audience, se rallie à l'argumentation présentée par l'OHMI.

Le pourvoi

33 À l'appui de ses conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt attaqué, la requérante soulève un moyen portant sur la recevabilité du moyen tiré de la violation de l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94 ainsi qu'un moyen tiré de la violation de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du même règlement.

Sur le premier moyen, portant sur la recevabilité du moyen tiré de la violation de l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94

Argumentation des parties

34 La requérante soutient que le Tribunal a commis une erreur en concluant à l'irrecevabilité, en raison de son caractère nouveau, du moyen tiré de la violation de

l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement nº 40/94 en ce qui concerne le respect des conditions requises pour que la marque antérieure soit considérée comme ayant fait l'objet d'un usage sérieux. Ayant contesté devant l'OHMI le contexte dans lequel il a été fait usage de la marque antérieure, à savoir le fait que cette marque a été réellement utilisée en Italie pour un produit ophtalmique, elle fait valoir qu'elle aurait dû être recevable à présenter devant le Tribunal des conclusions subsidiaires dans le cadre de ce moyen.

35 En tout état de cause, la requérante considère que ledit moyen se fonde sur des questions de droit apparues en cours d'instance, à savoir le prononcé de l'arrêt MFE Marienfelde/OHMI — Vétoquinol (HIPOVITON), précité. En effet, au point 35 de celui-ci, qui est postérieur à l'introduction du recours ayant donné lieu à l'arrêt attaqué, le Tribunal, en jugeant que, pour l'importance de l'usage qui a été fait de la marque antérieure, il convient de tenir compte, notamment, du volume commercial de l'ensemble des actes d'usage, d'une part, et de la durée de la période pendant laquelle des actes d'usage ont été accomplis ainsi que de la fréquence de ces actes, d'autre part, aurait procédé à une nouvelle interprétation du droit applicable telle qu'elle résultait de l'arrêt du 11 mars 2003, Ansul (C-40/01, Rec. p. I-2439).

36 La requérante soutient ensuite que le Tribunal a également commis une erreur de droit aux points 23 à 25 de l'arrêt attaqué en jugeant que, même si le moyen en question était recevable, il devait se borner à contrôler la légalité de la décision de la chambre de recours sur la base de la situation de fait et de droit, telle qu'elle avait été portée à la connaissance de la chambre de recours. Si ce raisonnement était exact, une décision contestée de la chambre de recours ne pourrait être annulée, alors même qu'elle serait manifestement erronée à la lumière de la dernière interprétation du droit par le Tribunal ou la Cour.

37 Selon l'OHMI, l'allégation de la requérante, selon laquelle l'usage de la marque n'était pas sérieux, constitue un moyen nouveau, car, par le moyen initial avancé devant la chambre de recours, la requérante soutenait uniquement qu'il n'était pas démontré que la marque antérieure avait été utilisée pour un produit ayant des applications thérapeutiques spécifiques, à savoir des applications ophtalmiques, sans mettre en cause le caractère sérieux de cet usage. Cette nouvelle allégation modifierait, en violation de l'article 135, paragraphe 4, du règlement de procédure du Tribunal, l'objet du litige, tel qu'il a été présenté à la chambre de recours, puisqu'elle viserait à obtenir le réexamen de la décision litigieuse sur des questions que celle-ci n'a pas abordées.

Appréciation de la Cour

38 En tant que, par la première partie des arguments soulevés dans le cadre du présent moyen, la requérante reproche au Tribunal d'avoir méconnu la portée de l'article 48, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement de procédure du Tribunal, il convient de rappeler que, selon cette disposition, la production de moyens nouveaux en cours d'instance est interdite, à moins que ces moyens ne se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure.

39 En l'espèce, il ressort des points 17 à 22 de l'arrêt attaqué que le Tribunal a considéré que, en l'absence d'un élément de fait ou de droit nouveau, le moyen présenté par la requérante à l'audience, selon lequel les conditions requises pour que la marque antérieure soit considérée comme ayant fait l'objet d'un usage sérieux n'étaient pas

remplies, notamment en raison du faible volume commercial de ladite marque, devait être rejeté comme irrecevable en tant qu'il constituait un moyen nouveau au sens de ladite disposition du règlement de procédure du Tribunal. En effet, dans sa requête, la requérante avait fait grief à la chambre de recours d'avoir violé l'article 43, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94 non pas en ce que lesdites conditions n'étaient pas remplies, mais uniquement en ce que la preuve de l'usage sérieux produite par Biofarma ne démontrait pas que la marque antérieure avait effectivement été utilisée pour des produits ophtalmiques.

40 Force est de constater que, ainsi que Mme l'avocat général l'a relevé au point 20 de ses conclusions, l'appréciation à laquelle s'est livré le Tribunal est entachée d'une erreur de droit. En effet, l'argumentation selon laquelle les conditions requises pour que la marque antérieure soit considérée comme ayant fait l'objet d'un usage sérieux ne sont pas remplies s'insère logiquement dans le cadre du moyen tiré de l'absence de preuve d'un tel usage sérieux pour des produits ophtalmiques. Cette argumentation, outre qu'elle est fondée sur la violation de la même disposition du règlement n° 40/94 que celle alléguée dans ce moyen, vise, à l'instar dudit moyen, à contester la réalité de l'exploitation commerciale de la marque antérieure dans la vie des affaires. Partant, elle constitue une amplification de celui-ci qui doit être considérée comme recevable (arrêts du 19 mai 1983, Verros/Parlement, 306/81, Rec. p. 1755, point 9, et du 15 décembre 2005, Italie/Commission, C-66/02, Rec. p. I-10901, point 86).

41 Toutefois, l'erreur de droit entachant les points 17 à 22 de l'arrêt attaqué n'est pas de nature à invalider celui-ci, et, partant, les arguments invoqués par la requérante sur ce point doivent être écartés comme inopérants. En effet, le rejet par le Tribunal de l'argumentation relative aux conditions requises pour que la marque antérieure soit considérée comme ayant fait l'objet d'un usage sérieux est fondé à suffisance de droit sur d'autres motifs retenus dans ledit arrêt (voir, en ce sens, arrêts du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, point 68, et du

21 octobre 2004, KWS Saat/OHMI, C-447/02 P, Rec. p. I-10107, points 46 à 51).

42 À cet égard, il ressort des points 23 à 25 de l'arrêt attaqué, introduits par l'expression «en tout état de cause», lesquels font l'objet de la seconde partie des arguments soulevés par la requérante dans le cadre du présent moyen, que le Tribunal a considéré que, même si l'argumentation relative aux conditions requises pour que la marque antérieure soit considérée comme ayant fait l'objet d'un usage sérieux devait être interprétée comme se rattachant au moyen présenté dans la requête, elle devait de toute façon être rejetée pour un autre motif, tiré de ce que, le recours présenté devant lui visant au contrôle de la légalité de la décision litigieuse, le contrôle qu'il exerce ne peut aller au-delà du cadre factuel et juridique du litige tel qu'il a été porté devant la chambre de recours. Or, au point 24 dudit arrêt, le Tribunal a constaté, dans le cadre de son appréciation souveraine des faits, et sans que cela soit mis en cause dans le cadre du présent pourvoi, que, lors de la procédure devant l'OHMI, la requérante avait explicitement indiqué qu'elle ne contestait pas le fait que la preuve fournie par Biofarma démontrait l'usage sérieux de la marque antérieure pour un certain produit.

43 Contrairement à ce que fait valoir la requérante, c'est à bon droit que le Tribunal a rejeté comme irrecevable l'argumentation litigieuse pour ce second motif. En effet, la requérante n'avait pas le pouvoir de modifier devant le Tribunal les termes du litige, tels qu'ils résultaient des prétentions et allégations avancées par elle-même et celui qui avait formé opposition devant l'OHMI (voir, en ce sens, arrêts du 12 octobre 2004, Vedial/OHMI, C-106/03 P, Rec. p. I-9573, point 26, et KWS Saat/OHMI, précité, point 58).

44 D'une part, il ressort de l'article 63 du règlement nº 40/94 que l'annulation aussi bien que la réformation d'une décision des chambres de recours ne sont possibles

qu'en cas d'incompétence, de violation des formes substantielles, de méconnaissance du traité CE, du règlement nº 40/94 ou de toute règle de droit relative à leur application, ou en cas de détournement de pouvoir. Dès lors, le contrôle exercé par le juge communautaire à l'égard de cette décision ne va pas au-delà du contrôle de sa légalité et n'a donc pas pour objet un réexamen des circonstances de fait qui ont été appréciées par les instances de l'OHMI, exigeant la prise en considération des éléments de fait nouvellement produits devant lui (voir, en ce sens, arrêts du 18 juillet 2006, Rossi/OHMI, C-214/05 P, Rec. p. I-7057, point 50, et du 13 mars 2007, OHMI/Kaul, C-29/05 P, Rec. p. I-2213, point 54).

45 D'autre part, il découle de l'article 135, paragraphe 4, du règlement de procédure du Tribunal que les parties à la procédure devant cette juridiction ne peuvent modifier l'objet du litige, tel qu'il a été défini devant la chambre de recours.

46 En conséquence, ayant souverainement constaté que la requérante avait renoncé de manière expresse à contester devant l'OHMI le fait que la marque antérieure remplissait les conditions requises pour être considérée comme ayant fait l'objet d'un usage sérieux, le Tribunal a pu, sans commettre d'erreur de droit, conclure à l'irrecevabilité de l'argumentation litigieuse, développée pour la première fois lors de l'audience devant lui.

47 Il s'ensuit que le premier moyen doit être rejeté comme partiellement inopérant et partiellement non fondé.

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

Sur la première branche, relative à la définition du public pertinent

— Argumentation des parties

48 Par la première branche de son second moyen, la requérante soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit, au point 49 de l'arrêt attaqué, dans l'interprétation de la notion de «public», en ce qu'il a omis de constater que les consommateurs finaux n'effectuent pas un choix lorsqu'ils achètent un produit délivré sur prescription d'un médecin. Cette circonstance impliquerait en effet que, lors de la vente au consommateur final, la marque apposée sur le produit n'assurerait pas la fonction consistant à garantir l'identité de ce produit en permettant au consommateur de distinguer ledit produit de ceux qui ont une autre provenance. Partant, le consommateur final ne serait exposé à aucun risque de confusion. Cette approche aurait été suivie tant par les chambre de recours que par les juridictions communautaires (arrêt du Tribunal du 5 mars 2003, Alcon/OHMI — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), T-237/01, Rec. p. II-411, point 42, confirmée sur ce point par la Cour dans l'ordonnance du 5 octobre 2004, Alcon/OHMI, C-192/03 P, Rec. p. I-8993, point 30).

49 Il s'ensuivrait que le Tribunal aurait dû restreindre la définition du public aux seuls professionnels de santé, à savoir les médecins et les pharmaciens, et que les consommateurs finaux n'auraient pas dû être pris en compte pour l'appréciation du risque de confusion.

50 L'OHMI soutient que le risque de confusion ne se limite pas aux cas de confusion directe, dans lesquels un produit portant une certaine marque est confondu avec un autre produit sur lequel figure la marque d'un concurrent. En effet, la fonction essentielle d'une marque communautaire consistant à servir d'indicateur de l'origine du produit, il suffirait que le public pertinent attribue la même provenance à deux produits portant des marques identiques ou similaires. Or, les patients pourraient attribuer la même provenance aux produits en question même si leur choix est guidé lors de l'opération d'achat et même si le contact avec les deux marques en cause a lieu à des moments différents au cours d'opérations d'achat distinctes. Les décisions contraires adoptées par les chambres de recours ne seraient pas contraignantes pour les juridictions communautaires. Quant aux arrêts cités par la requérante, ils porteraient sur d'autres dispositions du règlement n° 40/94, à savoir ses articles 7, paragraphe 1, sous d), et 50, paragraphe 1, sous a).

— Appréciation de la Cour

51 Selon l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, l'existence d'un risque de confusion résultant de la similitude, d'une part, entre la marque dont l'enregistrement est demandé et une marque antérieure et, d'autre part, entre les produits ou les services que ces marques désignent doit être appréciée dans l'esprit du public du territoire dans lequel la marque antérieure est protégée.

52 En l'espèce, après avoir constaté, au point 48 de l'arrêt attaqué, que la marque antérieure étant enregistrée en Italie, le territoire de cet État membre constitue le territoire pertinent aux fins de l'application de cette disposition dudit article 8, le

Tribunal a estimé, au point 49 dudit arrêt, que, dès lors qu'il est constant que les produits en cause sont des médicaments nécessitant une prescription d'un médecin avant leur vente aux consommateurs dans les pharmacies, le public pertinent est constitué à la fois des consommateurs finaux et des professionnels de santé, c'est-à-dire des médecins qui prescrivent le médicament ainsi que des pharmaciens qui vendent le médicament prescrit.

53 Selon la jurisprudence, la fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance (voir, notamment, arrêts du 18 juin 2002, Philips, C-299/99, Rec. p. I-5475, point 30, et du 15 septembre 2005, BioID/OHMI, C-37/03 P, Rec. p. I-7975, point 27).

54 Pour que la marque puisse jouer son rôle d'élément essentiel du système de concurrence non faussé que le traité entend établir, elle doit en effet constituer la garantie que tous les produits ou les services qui en sont revêtus ont été fabriqués sous le contrôle d'une entreprise unique à laquelle peut être attribuée la responsabilité de leur qualité (voir, en ce sens, arrêt du 29 septembre 1998, Canon, C-39/97, Rec. p. I-5507, point 28).

55 Dès lors, constitue un risque de confusion au sens de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 le risque, pour le public, de croire que les produits ou les services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement (voir, en ce sens, arrêts Canon, précité, point 29, et du 22 juin 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Rec. p. I-3819, point 17).

56 En l'espèce, compte tenu de cette jurisprudence, c'est à bon droit que le Tribunal a considéré, ce qui n'est d'ailleurs contesté par aucune partie au stade du présent pourvoi, que les professionnels de santé en cause doivent être inclus dans le public pertinent aux fins de l'application de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, la fonction d'origine de la marque étant également importante pour les intermédiaires qui interviennent dans la commercialisation d'un produit en ce qu'elle contribue à déterminer leur comportement sur le marché (voir, en ce sens, arrêt du 29 avril 2004, Björnekulla Fruktindustrier, C-371/02, Rec. p. I-5791, points 23 et 25).

57 Cependant, contrairement à ce que fait valoir la requérante, le fait que des intermédiaires, tels que ces professionnels de santé, soient susceptibles d'influencer, voire de déterminer, le choix des consommateurs finaux n'est pas en soi de nature à exclure tout risque de confusion pour lesdits consommateurs en ce qui concerne la provenance des produits en cause.

58 En effet, dans la mesure où il a constaté au point 49 de l'arrêt attaqué, dans le cadre de son appréciation souveraine des faits, que les produits en cause sont vendus dans les pharmacies aux consommateurs finaux, le Tribunal a pu à bon droit en déduire que, même si le choix de ces produits est influencé ou déterminé par des intermédiaires, un tel risque de confusion existe également pour lesdits consommateurs, dès lors que ceux-ci sont susceptibles d'être confrontés à ces produits, fût-ce, lors d'opérations d'achat ayant lieu, pour chacun desdits produits pris individuellement, à des moments différents.

59 Il ressort en effet d'une jurisprudence constante que la perception des marques qu'a le consommateur moyen de la catégorie de produits ou de services en cause joue un

rôle déterminant dans l'appréciation globale du risque de confusion (arrêts Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 25, et du 12 janvier 2006, Ruiz-Picasso e.a./OHMI, C-361/04 P, Rec. p. I-643, point 38).

60 En outre, la Cour a déjà jugé que le consommateur moyen n'a que rarement la possibilité de procéder à une comparaison directe des différents signes et doit se fier à l'image non parfaite qu'il a gardée en mémoire (arrêts Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 26, et du 23 septembre 2004, Procter & Gamble/OHMI, C-107/03 P, non publié au Recueil, point 44).

61 Par ailleurs, dès lors qu'il est constant que tout le processus de commercialisation des produits en cause a pour objectif l'acquisition de ceux-ci par les consommateurs finaux, le Tribunal a pu considérer à bon droit que le rôle assuré par des intermédiaires, fussent-ils des professionnels de santé dont l'intervention préalable est requise pour la vente desdits produits à ces derniers, doit être partiellement mis en balance avec le degré d'attention élevé dont ces consommateurs sont susceptibles de faire preuve, eu égard au fait que les produits en cause sont des produits pharmaceutiques, lors de la prescription de ceux-ci et, partant, avec la capacité desdits consommateurs à conduire ces professionnels à tenir compte de leur perception des marques en cause et, en particulier, de leurs exigences ou préférences.

62 À cet égard, il y a lieu de rappeler que la Cour a déjà jugé que, lorsque les produits ou les services sur lesquels porte la demande d'enregistrement sont destinés à l'ensemble des consommateurs, il faut considérer que le public pertinent est

constitué par le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé (arrêts du 29 avril 2004, Procter & Gamble/OHMI, C-473/01 P et C-474/01 P, Rec. p. I-5173, point 33, et du 16 septembre 2004, SAT.1/OHMI, C-329/02 P, Rec. p. I-8317, point 24).

63 Il en résulte que le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en incluant les consommateurs finaux dans le public pertinent aux fins de l'application de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

64 Cette conclusion n'est pas susceptible d'être remise en cause par les arguments tirés par la requérante de certaines décisions des chambres de recours ou des juridictions communautaires.

65 En effet, les décisions que les chambres de recours sont conduites à prendre en vertu du règlement n° 40/94 concernant l'enregistrement d'un signe en tant que marque communautaire relèvent de l'exercice d'une compétence liée et non pas d'un pouvoir discrétionnaire. Dès lors, la légalité des décisions des chambres de recours doit être appréciée uniquement sur la base de ce règlement, tel qu'interprété par le juge communautaire, et non sur la base d'une pratique décisionnelle antérieure à celles-ci (arrêts BioID/OHMI, précité, point 47, et du 12 janvier 2006, Deutsche SiSi-Werke/OHMI, C-173/04 P, Rec. p. I-551, point 48).

66 Quant à l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du Tribunal Alcon/OHMI — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), précité, et à l'ordonnance de la Cour Alcon/OHMI, précitée, invoquée par la requérante à l'appui de son argumentation, il suffit de constater que cette affaire portait sur une demande d'enregistrement de marque relative non pas à des produits vendus aux consommateurs finaux en pharmacie, mais à des «préparations pharmaceutiques ophtalmiques; solutions stériles pour la chirurgie ophtalmique» pour lesquelles le Tribunal avait pu juger sans commettre d'erreur de droit que le caractère usuel de la marque en cause devait s'apprécier du point de vue du public spécialisé en matière médicale auquel il était destiné, à savoir les ophtalmologues et les chirurgiens ophtalmiques exerçant leur activité dans l'Union européenne.

67 Dès lors, la première branche du second moyen doit être rejetée comme étant non fondée.

Sur la deuxième branche, relative à la similitude des produits

— Argumentation des parties

68 La requérante soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit en n'exigeant pas de Biofarma qu'elle apporte les preuves de la prétendue similitude existant entre les produits en cause. Le Tribunal n'aurait pas non plus pris en compte ou, du moins, n'aurait pas suffisamment pris en considération les facteurs pertinents concernant ces produits, notamment la nature et la forme de ces derniers ainsi que le rôle des professionnels de santé qui prescrivent et délivrent lesdits produits.

69 L'OHMI fait observer que la notion de similitude des produits constitue une question de droit qui doit être examinée d'office par ses instances. En ce qui concerne la nécessité de tenir compte de la forme des produits, l'OHMI estime que cet élément n'est pas pertinent, à moins que la désignation des produits dans la demande d'enregistrement ne précise cette forme d'utilisation, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En effet, la forme serait uniquement un facteur de commercialisation étranger à la marque dont l'enregistrement est demandé et elle serait susceptible d'évoluer dans le temps. La même conclusion s'appliquerait au fait que les produits sont vendus sur prescription, ce fait constituant également un facteur étranger aux produits figurant sur la liste visée par la demande d'enregistrement de marque communautaire en cause.

— Appréciation de la Cour

70 Il convient de rejeter d'emblée comme irrecevable l'argument par lequel la requérante, en se référant au niveau de preuve qui aurait dû être exigé de Biofarma, vise en réalité à remettre en cause les appréciations purement factuelles effectuées par le Tribunal aux points 57 à 60 de l'arrêt attaqué ayant amené ce dernier à juger, au point 61 dudit arrêt, que la chambre de recours n'avait pas commis d'erreur en constatant l'existence d'un degré élevé de similitude entre les produits en cause.

71 En effet, la requérante ne saurait obtenir de la Cour qu'elle substitue sa propre appréciation à celle du Tribunal à cet égard. Selon une jurisprudence constante, il ressort des articles 225 CE et 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice que

le pourvoi est limité aux questions de droit. Le Tribunal est dès lors seul compétent pour constater et apprécier les faits pertinents ainsi que pour apprécier les éléments de preuve. L'appréciation de ces faits et éléments de preuve ne constitue donc pas, sous réserve du cas de leur dénaturation, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi (voir arrêts du 23 mars 2006, Mülhens/OHMI, C-206/04 P, Rec. p. I-2717, point 41, et Rossi/OHMI, précité, point 26).

72 Quant à l'argument selon lequel le Tribunal n'a pas tenu compte des critères pertinents pour apprécier la similitude des produits en cause, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence, pour procéder à l'appréciation de cette similitude, il y a lieu de tenir compte de tous les facteurs pertinents qui caractérisent le rapport existant entre ces produits. Ces facteurs incluent, en particulier, la nature, la destination, l'utilisation ainsi que le caractère concurrent ou complémentaire de ces derniers (voir, en ce sens, arrêt Canon, précité, point 23).

73 En l'espèce, force est de constater que, conformément à cette jurisprudence, le Tribunal, en vue de conclure, au point 61 de l'arrêt attaqué, que la chambre de recours n'a pas commis d'erreur en constatant l'existence d'un degré élevé de similitude entre les produits en cause, a examiné à bon droit, au point 57 de l'arrêt attaqué, la nature de ceux-ci, leur finalité, leur destination, leur mode de commercialisation ainsi que leur caractère concurrent ou complémentaire. C'est dès lors à tort que la requérante fait grief au Tribunal de ne pas avoir tenu compte des facteurs pertinents pour apprécier la similitude de ces produits.

74 Par ailleurs, en tant que la requérante fait grief au Tribunal de ne pas avoir tenu correctement compte du critère tiré de la forme des produits en cause, il convient de

constater que le Tribunal, au point 58 de l'arrêt attaqué, a examiné l'application de ce critère aux fins de l'appréciation de la similitude desdits produits. Il a toutefois estimé que la différence existant dans le mode d'administration des médicaments en cause ne saurait prédominer, en l'espèce, sur la nature et la destination commune de ces deux produits.

75 En reprochant au Tribunal de ne pas avoir correctement tenu compte du critère constitué par la forme des produits en cause, la requérante tente ainsi, en réalité, d'obtenir de la Cour qu'elle substitue sa propre appréciation des faits à celle du Tribunal sur ce dernier point. En conséquence, la requérante n'invoquant aucune dénaturation des faits ou des éléments de preuve soumis au Tribunal, l'argument soulevé à cet égard doit, conformément à la jurisprudence constante citée au point 71 du présent arrêt, être rejeté comme irrecevable.

76 Enfin, en tant que la requérante fait grief au Tribunal de ne pas avoir tenu compte du fait que les produits en cause ne sont délivrés par des professionnels de santé que sur prescription, cet argument doit être rejeté comme étant non fondé pour les mêmes motifs que ceux exposés aux points 51 à 63 du présent arrêt, dès lors qu'il revient à contester la définition du public pertinent retenue par l'arrêt attaqué.

77 En conséquence, la deuxième branche du présent moyen doit être rejetée comme partiellement irrecevable et partiellement non fondée.

Sur la troisième branche, relative à la similitude des signes

— Argumentation des parties

78 La requérante fait grief au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit en comparant les signes en cause sans identifier correctement le public pertinent pour lequel il convenait d'évaluer le risque de confusion.

79 En ce qui concerne la similitude visuelle, la requérante soutient que le Tribunal s'est trompé en jugeant que l'impression générale créée par les ressemblances visuelles démontrait que les marques en cause étaient similaires. En effet, dans le cadre d'une appréciation globale, même si des similitudes existaient, elles ne seraient pas suffisantes pour qu'il soit conclu que ces marques sont visuellement similaires. La comparaison visuelle devrait être effectuée avec le regard d'une personne appartenant au public pertinent.

80 En ce qui concerne la similitude phonétique, la requérante fait valoir que le Tribunal a jugé à tort que les marques en cause étaient similaires de ce point de vue. En effet, les préfixes dominants de chaque marque seraient susceptibles d'être clairement distingués et se prononceraient tout à fait différemment. De plus, le fait que le consommateur moyen n'aurait que rarement la possibilité de procéder à une comparaison directe des différentes marques serait dénué de pertinence en l'espèce,

puisque les produits en cause sont prescrits par des médecins spécialistes. En tout état de cause, l'effet des éventuelles ressemblances ne devrait pas être surévalué, en particulier s'il est tenu compte de la différence de forme des deux produits concernés et du contexte médical spécifique dans lequel chacun d'eux est vendu.

81 L'OHMI soutient que ces différents arguments sont irrecevables, car la requérante se borne à critiquer les constatations de fait auxquelles s'est livré le Tribunal.

— Appréciation de la Cour

82 L'argument selon lequel le Tribunal a commis une erreur de droit en comparant les signes en cause sans identifier correctement le public pertinent doit être rejeté d'emblée comme étant non fondé, pour les mêmes motifs que ceux exposés aux points 51 à 63 du présent arrêt, dès lors que cet argument revient à contester la définition du public pertinent retenue par l'arrêt attaqué.

83 En tant que la requérante fait valoir que les signes en cause ne sont pas susceptibles d'être confondus sur le plan visuel et phonétique, notamment eu égard à la forme des produits en cause et au contexte médical spécifique dans lequel ceux-ci sont vendus, il convient de relever que le Tribunal s'est livré à cet égard, aux points 64 à 70 de l'arrêt attaqué, à des appréciations de nature purement factuelle, pour conclure, aux points 75 et 76 dudit arrêt, à l'existence d'une similitude visuelle et phonétique des signes en cause.

84 En conséquence, conformément à la jurisprudence citée au point 71 du présent arrêt, dès lors qu'aucune dénaturation des faits et des éléments de preuve soumis au Tribunal n'est alléguée en l'espèce, la troisième branche du second moyen doit, sur ces points, être rejetée comme irrecevable.

85 Par ailleurs, en tant que la requérante fait grief au Tribunal de ne pas avoir tenu compte, pour apprécier la similitude visuelle et phonétique des signes en cause, du fait que le public pertinent inclut, outre les consommateurs finaux, des professionnels de santé, ses arguments sur ce point se confondent avec la quatrième branche du présent moyen. Ils seront, partant, examinés dans le cadre de celle-ci.

Sur la quatrième branche, relative au risque de confusion

— Argumentation des parties

86 La requérante fait valoir que, si le Tribunal a relevé que le public pertinent comprend, outre les utilisateurs finaux, les pharmaciens et les médecins, il n'en a en réalité pas tenu compte et a apprécié l'existence d'un risque de confusion sur la seule base de ce que perçoit un consommateur moyen. Or, dans sa décision, la division d'opposition avait estimé que le risque de confusion entre les produits en cause, par les médecins et les pharmaciens, était faible.

87 L'OHMI fait valoir que les arguments présentés sur ce point sont irrecevables dans la mesure où ils ne constituent pas des arguments de droit par lesquels la requérante soutiendrait que le Tribunal aurait mal interprété l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 ou aurait dénaturé les faits.

— Appréciation de la Cour

88 Par la présente branche du second moyen, la requérante vise à démontrer que le Tribunal a commis une erreur de droit en ce qu'il n'a pas examiné le risque de confusion des signes en cause, au sens de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, par le public pertinent retenu dans l'arrêt attaqué.

89 Contrairement à ce que soutient l'OHMI, en mettant ainsi en cause la cohérence du raisonnement suivi par le Tribunal dans le cadre de l'application de cette disposition, la requérante soulève une question de droit portant sur l'application du droit communautaire par le Tribunal. Partant, la présente branche du second moyen est recevable.

90 Quant au bien-fondé de cette branche, il convient de rappeler que, au point 48 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a constaté que l'Italie constitue, en l'espèce, le territoire pertinent. Par ailleurs, il résulte des points 51 à 63 du présent arrêt que le Tribunal a

considéré à bon droit, au point 49 de l'arrêt attaqué, que le public pertinent est constitué à la fois des consommateurs finaux et de certains professionnels de santé. Il s'ensuit que, aux fins de l'application de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, l'existence d'un risque de confusion entre les produits en cause devait être appréciée, ainsi que le Tribunal l'a jugé au point 50 de l'arrêt attaqué, par rapport à la perception qu'en avait le public pertinent tel qu'il est ainsi défini.

91 Partant, c'est à bon droit que, aux points 62 à 76 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a apprécié l'existence d'un risque de confusion des signes en cause par les consommateurs finaux.

92 En revanche, il ne ressort pas à suffisance de droit de l'arrêt attaqué que le Tribunal a apprécié d'une manière systématique l'existence d'un tel risque de confusion par les professionnels de santé en cause.

93 En effet, au point 65 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a apprécié la similitude visuelle entre les signes en cause de manière générale, sans préciser dans quelle mesure cette appréciation s'applique aux consommateurs finaux et aux professionnels de santé, le cas échéant, en distinguant ou en nuançant l'analyse selon la partie concernée du public pertinent.

94 De même, s'agissant de la similitude phonétique entre les signes en cause, si le Tribunal a fondé ses appréciations à cet égard, au point 69 de l'arrêt attaqué, sur la perception que les «consommateurs italiens» ont de ceux-ci, il n'a pas, dans ce point, indiqué dans quelle mesure ces appréciations s'appliquent à la fois aux consommateurs finaux et aux professionnels de santé. Certes, au point 57 dudit arrêt, portant sur l'appréciation de la similitude des produits en cause, le Tribunal vise explicitement, par le terme «consommateurs», tant les utilisateurs finaux que les professionnels de santé. Toutefois, ce terme, utilisé dans une autre partie du même arrêt avec la seule précision de la nationalité pertinente, est, à défaut d'autre indication, davantage de nature à renvoyer aux premiers qu'aux seconds, et ce d'autant plus qu'il ressort du dossier devant la Cour que la décision litigieuse faisant l'objet du contrôle de légalité dans l'arrêt attaqué incluait uniquement les consommateurs finaux dans le public pertinent.

95 Or, la question de la perception des signes en cause par les professionnels de santé était au centre de l'argumentation relative à la portée de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, développée par la requérante devant le Tribunal, comme elle l'est devant la Cour au stade du pourvoi.

96 Dans ces conditions, il convient de constater que l'arrêt attaqué est entaché d'un vice de motivation sur ces points, la Cour ne disposant pas des éléments suffisants pour exercer son contrôle à cet égard.

97 Selon la jurisprudence, la question de savoir si la motivation d'un arrêt du Tribunal est contradictoire ou insuffisante est une question de droit pouvant, en tant que

telle, être invoquée dans le cadre d'un pourvoi (arrêts du 7 mai 1998, Somaco/Commission, C-401/96 P, Rec. p. I-2587, point 53, et du 13 décembre 2001, Cubero Vermurie/Commission, C-446/00 P, Rec. p. I-10315, point 20).

98 Il convient dès lors de constater que le Tribunal a, aux points 65 et 69 de l'arrêt attaqué, insuffisamment motivé ses appréciations portant sur l'existence d'une similitude visuelle et phonétique entre les signes en cause pour le public pertinent, lequel inclut également certains professionnels de santé.

99 Toutefois, cette insuffisance de motivation n'est pas de nature à invalider l'arrêt attaqué. En effet, dès lors que, dans le cadre de son appréciation souveraine des faits aux points 56 à 75 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a conclu à l'existence d'une similitude importante des produits concernés ainsi qu'à l'existence d'une similitude visuelle et phonétique des signes en cause pour la partie du public pertinent constituée par les consommateurs finaux, il a pu, sans méconnaître la portée de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, en déduire, aux points 76 et 80 dudit arrêt, qu'il existait un risque de confusion entre lesdits signes au sens de cette disposition.

100 Au vu de ces considérations, nonobstant l'insuffisance de motivation qui entache les points 65 et 69 de l'arrêt attaqué, il n'y a donc pas lieu d'annuler ledit arrêt, dès lors que, en tout état de cause, les motifs de celui-ci suffisent à en fonder le dispositif, à savoir le rejet par le Tribunal du recours dirigé contre la décision litigieuse (voir, en ce sens, arrêts précités Commission/CAS Succhi di Frutta, point 68, et KWS Saat/OHMI, points 46 à 51).

101 En conséquence, la quatrième branche du second moyen doit être rejetée comme inopérante.

Sur la cinquième branche, relative à la limitation de la demande de marque communautaire

— Argumentation des parties

102 Selon la requérante, le Tribunal a commis une erreur en estimant qu'il ne pouvait être reproché à la chambre de recours de l'OHMI de ne pas avoir considéré que la déclaration effectuée dans son mémoire devant ladite chambre, selon laquelle elle confirmait être disposée à limiter l'indication des marchandises faisant l'objet de la demande aux produits pharmaceutiques ophtalmiques destinés au traitement des glaucomes, constituait une proposition expresse de modification pour le cas où celle-ci se proposerait d'accueillir l'opposition. En l'absence de procédure orale, la requérante n'aurait en effet pas eu la possibilité de prévoir la position probable de ladite chambre avant que la décision ne soit adoptée. Or, la modification proposée de la liste des produits aurait permis de clarifier davantage la différence existant entre ses produits et ceux de Biofarma.

103 L'OHMI estime que les appréciations auxquelles s'est livrée la chambre de recours ne sauraient être contestées à ce stade de la procédure. En outre, la requérante

n'avancerait aucune raison fondée en droit ou sur la dénaturation des faits qui permettrait d'infirmer les considérations par lesquelles le Tribunal a, au point 53 de l'arrêt attaqué, jugé que les modalités de la limitation n'ont pas été respectées. La question de savoir si la restriction proposée par la requérante respectait l'article 44 du règlement nº 40/94 et la règle 13 du règlement nº 2868/95 serait une question de fait qui ne relèverait pas de la compétence de la Cour. Le second moyen serait donc irrecevable sur ce point.

— Appréciation de la Cour

104 En ce qui concerne la recevabilité de la présente branche du second moyen, il convient de constater que, par celle-ci, la requérante ne fait pas valoir, contrairement à ce que prétend l'OHMI, que la déclaration présentée dans son mémoire devant la chambre de recours respectait les modalités prévues par les règlements nºs 40/94 et 2868/95, mais elle fait grief au Tribunal de ne pas avoir pris en compte ladite déclaration, même si celle-ci ne respectait pas lesdites modalités.

105 Force est de constater que, ce faisant, la requérante reproche au Tribunal d'avoir commis une erreur dans l'interprétation du droit communautaire et que, partant, elle soulève une question de droit. Dès lors, la présente branche du second moyen est recevable.

106 S'agissant du bien-fondé de cette branche, il convient de rappeler que, aux fins de l'application de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, l'appréciation du risque de confusion entre les produits doit porter sur l'ensemble des produits que la demande d'enregistrement de marque communautaire désigne.

107 En vertu de l'article 44, paragraphe 1, dudit règlement, le demandeur peut à tout moment limiter la liste des produits contenue dans sa demande. Une requête en modification d'une demande présentée en application de cette disposition doit respecter les modalités définies par la règle 13 du règlement nº 2868/95.

108 Par la présente branche du second moyen, la requérante ne conteste pas ne pas avoir déposé une telle requête. Elle soutient toutefois que, en l'absence de procédure orale devant la chambre de recours, une proposition expresse de limitation, telle que celle formulée en l'espèce dans son mémoire devant ladite chambre, aurait dû être prise en compte dès lors que celle-ci envisageait d'accueillir l'opposition.

109 Force est toutefois de constater que ni le règlement nº 40/94 ni le règlement nº 2868/95 ne prévoient une telle obligation. En effet, ainsi qu'il résulte du point 107 du présent arrêt, toute demande de limitation doit être présentée, en vertu de ces règlements, sous la forme d'une requête en modification respectant certaines modalités. Ainsi que le Tribunal l'a jugé à bon droit au point 51 de l'arrêt attaqué, une telle demande doit être faite de façon expresse et non conditionnelle.

110 Partant, dès lors qu'il est constant, en l'espèce, que la proposition formulée par la requérante dans son mémoire devant la chambre de recours ne respectait pas ces exigences, c'est à bon droit que le Tribunal a jugé, aux points 53 et 54 de l'arrêt attaqué, qu'il ne saurait être reproché à la chambre de recours de ne pas avoir pris cette proposition en compte.

111 En conséquence, la cinquième branche du second moyen doit être rejetée comme non fondée.

112 La requérante ayant succombé en tous ses moyens, il convient de rejeter le pourvoi.

Sur les dépens

113 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118 du même règlement, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. L'OHMI ayant conclu à la condamnation de la requérante aux dépens et cette dernière ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner à supporter les dépens de l'OHMI. Biofarma n'ayant pas conclu à la condamnation de la requérante aux dépens, il y a lieu de la condamner à supporter ses propres dépens.

Par ces motifs, la Cour (troisième chambre) déclare et arrête:

1) Le pourvoi est rejeté.

2) Alcon Inc. supporte, outre ses propres dépens, les dépens de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI).

3) Biofarma SA supporte ses propres dépens.

Signatures