ARRÊT DU TRIBUNAL (cinquième chambre)

3 juin 2009 *

Dans l'affaire T-189/07,

Frosch Touristik GmbH, établie à Munich (Allemagne), représentée par M^es^ H. Lauf et T. Raab, avocats,

partie requérante,

contre

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

partie défenderesse,

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

* Langue de procédure : l'allemand.

DSR touristik GmbH, établie à Karlsruhe (Allemagne),

ayant pour objet un recours formé contre la décision de la quatrième chambre de recours de l'OHMI du 22 mars 2007 (affaire R 1084/2004-4), relative à une procédure de nullité entre DSR touristik GmbH et Frosch Touristik GmbH,

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

composé de MM. M. Vilaras, président, M. Prek (rapporteur) et V. M. Ciucă, juges,

greffier : M^me^ T. Weiler, administrateur,

vu la requête déposée au greffe du Tribunal le 4 juin 2007,

vu le mémoire en réponse déposé au greffe du Tribunal le 17 septembre 2007,

à la suite de l'audience du 15 janvier 2009,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

1 Le 1er avril 1996, la requérante, Frosch Touristik 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 [remplacé par le règlement (CE) nº 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 verbal FLUGBÖRSE.

3 Les produits et services pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent des classes 16, 39 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 16 : « Produits de l'imprimerie, en particulier prospectus, catalogues, brochures et livres sur les voyages et le tourisme » ;

— classe 39 : « Agences de voyages ; organisation et conduite de voyages ; transport de personnes » ;

— classe 42 : « Restauration (alimentation) ; hébergement temporaire ; hôtels, auberges, restaurants ; médiation de logements de vacances (location) ».

4 Le 29 octobre 1998, la requérante a obtenu l'enregistrement de la marque communautaire FLUGBÖRSE pour l'ensemble des produits et des services visés par la demande.

5 Le 8 avril 2003, DSR touristik GmbH a demandé que soit déclarée la nullité de cet enregistrement en vertu de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94 [devenu article 52, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 207/2009], en ce qu'il relèverait des motifs absolus de refus prévus par l'article 7, paragraphe 1, sous b) et c) dudit règlement [devenu article 7, paragraphe 1, sous b) et c) du règlement nº 207/2009]. Elle a également fait valoir que, dans l'éventualité où la marque contestée ne serait pas considérée comme descriptive des produits et des services qu'elle désigne, elle devrait néanmoins être déclarée nulle, en application de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94 lu conjointement avec l'article 7, paragraphe 1, sous g), [devenu article 7, paragraphe 1, sous g), du règlement nº 207/2009] de ce même règlement, en ce qu'elle serait trompeuse.

6 Le 7 avril 2004, DSR touristik a en outre demandé, à titre subsidiaire, que la titulaire de la marque communautaire soit déclarée déchue de ses droits conformément à l'article 50, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 [devenu article 51, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 207/2009], au motif que la marque contestée serait devenue une désignation usuelle dans le commerce.

7 Le 9 novembre 2004, la division d'annulation a déclaré la nullité de la marque contestée pour tous les produits et les services qu'elle désigne, à l'exception des services « restauration (alimentation) » et « restaurants » relevant de la classe 42.

8 Par décision du 22 mars 2007 (ci-après la « décision attaquée »), la quatrième chambre de recours de l'OHMI a rejeté le recours introduit par la requérante à l'encontre de la décision de la division d'annulation.

9 La chambre de recours a relevé, en substance, ce qui suit :

— afin d'être enregistrée, une marque communautaire doit satisfaire aux conditions de l'article 7 du règlement nº 40/94 non seulement au moment du dépôt de la demande, mais également tout au long de la procédure d'enregistrement. Elle en a déduit que l'appréciation de la demande en nullité devait se faire à la lumière des conditions du marché existant à la date de l'enregistrement de la marque, le 29 octobre 1998 ;

— la marque contestée était constituée conformément aux règles grammaticales de la langue allemande pour créer un terme nouveau et n'avait pas de signification différente de celle de la somme des éléments qui la composent. Pour le consommateur germanophone moyen à la date de l'enregistrement, le terme « Flugbörse » serait compris comme un synonyme de « Flugdatenbank » (base de données de vols) ou de « intelligente Suchmaschine » (moteur de recherche intelligent) ;

— la circonstance qu'une juridiction allemande ait estimé en 1995 que le terme « Flugbörse » était encore empreint d'un reste de fantaisie n'était pas déterminante, dès lors que la langue allemande est en évolution continuelle ;

— à la date de son enregistrement, la marque FLUGBÖRSE était, dans la partie germanophone de la Communauté, purement descriptive des produits et des services litigieux ;

— la marque en cause n'avait pas acquis un caractère distinctif du fait de son usage et, partant, l'article 51, paragraphe 2, du règlement nº 40/94 (devenu article 52, paragraphe 2, du règlement nº 207/2009) ne trouvait pas à s'appliquer dans le cas d'espèce.

Conclusions des parties

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

— annuler la décision attaquée dans sa totalité et renvoyer l'affaire devant l'OHMI pour qu'il statue à nouveau ;

— condamner l'OHMI aux dépens.

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

— rejeter le recours ;

— condamner la requérante aux dépens.

En droit

12 À l'appui de son recours, la requérante invoque trois moyens tirés de la violation, premièrement, de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94, deuxièmement, de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 40/94 et, troisièmement, de l'article 51, paragraphe 2, de ce même règlement.

13 En ce qui concerne le premier moyen, il y a lieu de rappeler que l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94 dispose que la nullité de la marque communautaire est déclarée lorsque la marque communautaire a été enregistrée contrairement aux dispositions de l'article 7 du même règlement.

14 En substance, la requérante reproche à la chambre de recours d'avoir violé cette disposition en se plaçant à la date de l'enregistrement de la marque communautaire, le 29 octobre 1998, pour apprécier l'éventuelle divergence de cette dernière avec l'article 7 du règlement nº 40/94. Selon la requérante, la seule date pertinente pour cet examen est celle du dépôt de la demande de marque, soit, en l'espèce, le 1er avril 1996. Elle se réfère, à cet égard, à l'ordonnance de la Cour du 5 octobre 2004, Alcon/OHMI (C-192/03 P, Rec. p. I-8993).

15 L'OHMI considère que c'est à juste titre que la chambre de recours a vérifié si la marque communautaire était descriptive au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 40/94 au jour de son enregistrement et que, partant, la chambre de recours n'a pas violé l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94. Il soutient, en substance, que, pour qu'une marque puisse être valablement enregistrée, il est certes nécessaire que toutes les conditions requises soient remplies au moment de la demande

d'enregistrement, mais qu'il est également nécessaire qu'elles continuent à être remplies jusqu'à l'enregistrement de la marque.

16 Il convient de relever qu'il ressort de la décision attaquée, et notamment de ses points 38 à 46, que la chambre de recours s'est exclusivement fondée sur les conditions du marché telles qu'elles existaient à la date de l'enregistrement de la marque communautaire, le 29 octobre 1998, pour considérer que la marque contestée était descriptive des produits et des services qu'elle désignait au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 40/94.

17 Dès lors, l'examen du présent moyen implique de déterminer si, dans le cadre d'une demande en nullité fondée sur l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94, la date pertinente aux fins d'examiner la conformité de la marque communautaire contestée aux dispositions de l'article 7 dudit règlement est exclusivement celle du dépôt de la demande d'enregistrement, ainsi que le soutient la requérante, ou, au contraire, si ce caractère enregistrable doit perdurer jusqu'à l'enregistrement, comme le fait valoir l'OHMI.

18 Dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance Alcon/OHMI, point 14 supra, la Cour, saisie d'un moyen d'annulation tiré de ce que le Tribunal aurait commis une erreur de droit en ne se plaçant pas à la date du dépôt de la demande d'enregistrement de la marque contestée aux fins d'apprécier si celle-ci avait acquis un caractère usuel et devait par conséquent être déclarée nulle en application de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94, a considéré que la date du dépôt de la demande d'enregistrement était la date pertinente pour procéder à cet examen. En outre, la Cour a également considéré que le Tribunal avait pu, sans contradiction de motifs ni erreur de droit, prendre en compte des éléments qui, bien que postérieurs à la date du dépôt de la demande, permettaient de tirer des conclusions sur la situation telle qu'elle se présentait à cette même date (ordonnance Alcon/OHMI, point 14 supra, points 40 et 41).

19 Il en résulte que c'est à juste titre que la requérante soutient que la seule date pertinente aux fins de l'examen d'une demande en nullité fondée sur l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94 est celle du dépôt de la demande de marque contestée. La circonstance que la jurisprudence admette la prise en compte d'éléments postérieurs à cette date, loin d'infirmer cette interprétation de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94, la conforte, dès lors que cette prise en compte n'est possible qu'à la condition que ces éléments concernent la situation à la date du dépôt de la demande de marque.

20 De surcroît, cette interprétation de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94 est la seule à même de permettre d'éviter que la probabilité de perte du caractère enregistrable d'une marque augmente en fonction de la durée de la procédure d'enregistrement. L'interprétation préconisée par l'OHMI dans la présente affaire reviendrait au contraire à faire dépendre l'enregistrement de la marque en partie d'un événement aléatoire, à savoir la durée de la procédure d'enregistrement. À cet égard, il y a lieu d'observer que cette considération, tirée de la durée de la procédure d'enregistrement, est l'un des motifs pour lesquels l'article 7, paragraphe 3, du règlement nº 40/94 (devenu article 7, paragraphe 3, du règlement nº 207/2009) a été interprété comme imposant que l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage ait lieu antérieurement au dépôt de la demande de marque [arrêt du Tribunal 12 décembre 2002, eCopy/OHMI (ECOPY), T-247/01, Rec. p. II-5301, points 36 et 39].

21 Quant aux différents arguments de l'OHMI, ils ne sont pas de nature à infirmer cette conclusion.

22 Premièrement, pour autant que l'argumentation de l'OHMI devrait être comprise comme signifiant qu'il ressort de la lettre même de l'article 7, paragraphe 1, et de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94 que la date de l'enregistrement est également pertinente, elle relève d'une interprétation erronée de ces dispositions.

23 En effet, en utilisant les expressions « sont refusées à l'enregistrement » à l'article 7, paragraphe 1, du règlement nº 40/94 et la marque « a été enregistrée » à l'article 51,

paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94, le législateur communautaire détermine les situations dans lesquelles une marque doit être refusée à l'enregistrement ou annulée et non la date pertinente pour l'examen des motifs absolus de refus ou des causes de nullité absolue.

24 Deuxièmement, l'OHMI se réfère à l'article 41, paragraphe 1, du règlement nº 40/94 (devenu article 40, paragraphe 1, du règlement nº 207/2009). Selon cette disposition « [t]oute personne physique ou morale ainsi que les groupements […] peuvent, après la publication de la demande de marque communautaire, adresser à l'[OHMI] des observations écrites, précisant les motifs selon lesquels la marque devrait être refusée d'office à l'enregistrement et notamment en vertu de l'article 7 ». Cette même disposition précise qu'« [i]ls n'acquièrent pas la qualité de parties à la procédure devant l'[OHMI] ». L'OHMI soutient, en substance, que, dès lors qu'une marque déjà examinée, jugée enregistrable et publiée doit, sur la demande de tiers, être réexaminée et peut être refusée d'office à l'enregistrement, il est en droit de prendre en compte la perte du caractère enregistrable intervenue après la date de dépôt de la demande.

25 Cet argument doit également être rejeté.

26 En application de l'article 41, paragraphe 1, du règlement nº 40/94, l'OHMI examine s'il y a lieu de rouvrir éventuellement la procédure d'examen afin de vérifier si le motif absolu de refus invoqué s'oppose à l'enregistrement de la marque demandée [arrêt du Tribunal du 9 avril 2003, Durferrit/OHMI — Kolene (NU-TRIDE), T-224/01, Rec. p. II-1589, point 73]. Or, dans le cadre de ce réexamen, comme dans celui de l'examen initial, l'examinateur ne pourra prendre en compte des éléments postérieurs à la date du dépôt de la demande d'enregistrement qu'à la condition qu'ils permettent de tirer des conclusions sur la situation telle qu'elle se présentait à cette même date (voir points 19 et 20 ci-dessus).

27 Troisièmement, l'OHMI fait valoir qu'il convient également de tenir compte, dans le cadre de l'examen des motifs absolus de refus, d'évolutions postérieures à la date de dépôt de la demande, même si elles ne sont que potentielles, et se réfère à l'arrêt de la

Cour du 4 mai 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 et C-109/97, Rec. p. I-2779, point 37, premier tiret).

28 À cet égard, il y a lieu de relever qu'il est en effet exact que, selon une jurisprudence constante, dans le cadre de l'application de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 40/94, il faut apprécier si un signe descriptif présente actuellement, aux yeux des milieux intéressés, un lien avec la catégorie de produits concernée ou s'il est raisonnable d'envisager que, dans l'avenir, un tel lien puisse être établi [voir arrêt du Tribunal du 14 juin 2001, Telefon & Buch/OHMI (UNIVERSALTELEFONBUCH et UNIVERSALKOMMUNIKATIONSVERZEICHNIS), T-357/99 et T-358/99, Rec. p. II-1705, point 29, et la jurisprudence citée]. Toutefois, cette question est distincte de celle de la détermination de la date à laquelle l'examen de la conformité de la marque avec l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 40/94 doit être effectué, ou, dans le cas d'une procédure en nullité, vérifié. En effet, la circonstance que l'examen de la conformité avec l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 40/94 doive être effectué en se plaçant à la date du dépôt de la demande d'enregistrement n'exclut pas une analyse prospective du caractère descriptif de la marque, pour autant que cette analyse se fonde sur des éléments concernant la situation à ladite date.

29 Il résulte de ce qui précède que c'est à tort que la chambre de recours s'est fondée sur les conditions du marché telles qu'elles existaient à la date de l'enregistrement de la marque contestée, le 29 octobre 1998, pour apprécier si celle-ci avait un caractère descriptif des produits et des services qu'elle désigne justifiant qu'elle soit déclarée nulle.

30 Il s'ensuit que la chambre de recours a commis une erreur de droit dans l'interprétation de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 40/94. Partant, il y a lieu d'accueillir le moyen tiré de la violation de cette disposition, sans qu'il soit nécessaire que le Tribunal se prononce sur les autres moyens avancés par la requérante.

Sur les dépens

31 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. L'OHMI ayant succombé, il y a lieu de le condamner aux dépens exposés par la requérante, conformément aux conclusions de cette dernière.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (cinquième chambre)

déclare et arrête :

1) La décision de la quatrième chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) du 22 mars 2007 (affaire R 1084/2004-4) est annulée.

2) L'OHMI est condamné aux dépens.

Vilaras Prek Ciucă

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 3 juin 2009.

Signatures