Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DU TRIBUNAL (deuxième chambre)

14 mai 2013 *

« Marque communautaire — Demande de marque communautaire verbale fluege.de — Motifs absolus de refus — Caractère descriptif — Absence de caractère distinctif — Caractère distinctif acquis par l'usage — Article 7, paragraphe 1, sous b) et c), paragraphes 2 et 3, du règlement (CE) nº 207/2009 »

Dans l'affaire T-244/12,

Unister GmbH, établie à Leipzig (Allemagne), représentée par Mes H. Hug et A. Kessler-Jensch, avocats,

partie requérante,

contre

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

partie défenderesse,

ayant pour objet un recours formé contre la décision de la première chambre de recours de l'OHMI du 14 mars 2012 (affaire R 2149/2011-1), concernant une demande d'enregistrement du signe verbal fluege.de comme marque communautaire,

LE TRIBUNAL (deuxième chambre),

composé de MM. N. J. Forwood, président, F. Dehousse (rapporteur) et J. Schwarcz, juges,

greffier : M. E. Coulon,

vu la requête déposée au greffe du Tribunal le 30 mai 2012,

vu le mémoire en réponse déposé au greffe du Tribunal le 6 septembre 2012,

vu l'absence de demande de fixation d'une audience présentée par les parties dans le délai d'un mois à compter de la signification de la clôture de la procédure écrite et ayant dès lors décidé, sur rapport du juge rapporteur et en application de l'article 135 bis du règlement de procédure du Tribunal, de statuer sans phase orale de la procédure,

rend le présent

* Langue de procédure : l'allemand.

Arrêt

Antécédents du litige

1 Le 27 janvier 2011, la requérante, Unister 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 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 fluege.de.

3 Les produits et services pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent des classes 25, 28, 35, 39, 41 et 43 au sens de l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que révisé et modifié.

4 Parmi ces produits et services, seuls les services relevant des classes 35, 39 et 43 et correspondant aux descriptions suivantes (ci-après les « services litigieux ») font l'objet du présent recours :

— classe 35 : « Publicité ; gestion des affaires commerciales ; administration commerciale ; travaux de bureau » ;

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

— classe 43 : « Services de restauration (alimentation) ; services d'hébergement ».

5 Par décision du 22 août 2011, l'examinateur a rejeté la demande de marque en vertu de l'article 7, paragraphe 1, sous b) et c), et paragraphe 2, du règlement nº 207/2009, pour les services litigieux, au motif que la marque demandée était descriptive et dépourvue de caractère distinctif.

6 Le 17 octobre 2011, la requérante a formé un recours, au titre des articles 58 à 64 du règlement nº 207/2009, contre la décision de l'examinateur.

7 Par décision du 14 mars 2012 (ci-après la « décision attaquée »), la première chambre de recours de l'OHMI a rejeté le recours, au motif que la marque demandée était descriptive et dépourvue de caractère distinctif.

Conclusions des parties

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

— annuler la décision attaquée ;

— condamner l'OHMI aux dépens.

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

— rejeter le recours ;

— condamner la requérante aux dépens.

En droit

10 À l'appui de son recours, la requérante invoque, en substance, trois moyens d'annulation, tirés, premièrement, de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 207/2009, deuxièmement, de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du même règlement et, troisièmement, du caractère distinctif acquis par l'usage de la marque demandée.

Sur le premier moyen, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 207/2009

11 La requérante conteste la conclusion de la chambre de recours selon laquelle la marque demandée est descriptive. Le terme « fluege » serait une composition verbale étrangère à la langue allemande, laquelle ne comporterait que le terme « Flüge » dans lequel figure la lettre « ü », avec pour conséquence que, du fait de l'orthographe inhabituelle du terme « fluege », le consommateur moyen verrait dans la marque demandée une indication d'origine commerciale.

12 La requérante estime que le consommateur moyen est habitué à trouver, y compris sous un domaine de deuxième niveau constitué à partir d'un terme générique, un portail Internet exploité par un seul prestataire commercial. En l'espèce, le terme « fluege » ne serait même pas générique, compte tenu de son orthographe inhabituelle. L'OHMI n'aurait pas tenu compte du fait que, depuis 2004, il serait possible d'enregistrer des noms de domaine avec des caractères spéciaux tels que la lettre « ü ».

13 Même si le public pertinent comprendrait la marque demandée dans le sens d'un nom de domaine faisant référence à une adresse Internet allemande comportant des offres de vols, les services litigieux ne présenteraient aucun rapport, ou pas de rapport suffisant, avec une offre de vols. Il n'existerait pas, en l'espèce, un impératif de disponibilité au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 207/2009.

14 L'OHMI conteste la position de la requérante.

15 Il convient de rappeler que, aux termes de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 207/2009, sont refusées à l'enregistrement « les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation du service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci ». En outre, l'article 7, paragraphe 2, du règlement nº 207/2009 énonce que le « paragraphe 1 est applicable même si les motifs de refus n'existent que dans une partie de la Communauté ».

16 Selon la jurisprudence, l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 207/2009 empêche que les signes ou indications visés par lui soient réservés à une seule entreprise en raison de leur enregistrement en tant que marque. Cette disposition poursuit ainsi un but d'intérêt général, lequel exige que de tels signes ou indications puissent être librement utilisés par tous [arrêt de la Cour du 23 octobre 2003, OHMI/Wrigley, C-191/01 P, Rec. p. I-12447, point 31 ; arrêts du Tribunal du 27 février 2002, Ellos/OHMI (ELLOS), T-219/00, Rec. p. II-753, point 27, et du 7 juillet 2011, Cree/OHMI (TRUEWHITE), T-208/10, non publié au Recueil, point 12].

17 En outre, des signes ou des indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner des caractéristiques du produit ou du service pour lequel l'enregistrement est demandé sont, en vertu de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 207/2009, réputés incapables d'exercer la fonction essentielle de la marque, à savoir celle d'identifier l'origine commerciale du produit ou du service, afin de permettre ainsi au consommateur qui acquiert le produit ou le service que la marque désigne de faire, lors d'une acquisition ultérieure, le même choix, si l'expérience s'avère positive, ou de faire un autre choix, si elle s'avère négative (arrêts OHMI/Wrigley, point 16 supra, point 30, et TRUEWHITE, point 16 supra, point 13).

18 Il en résulte que, pour qu'un signe tombe sous le coup de l'interdiction énoncée par cette disposition, il faut qu'il présente avec les produits ou services en cause un rapport suffisamment direct et concret de nature à permettre au public concerné de percevoir immédiatement, et sans autre réflexion, une description des produits et des services en cause ou d'une de leurs caractéristiques (voir arrêt TRUEWHITE, point 16 supra, point 14, et la jurisprudence citée).

19 Il convient également de rappeler que l'appréciation du caractère descriptif d'un signe ne peut être opérée que, d'une part, par rapport à la perception qu'en a le public concerné et, d'autre part, par rapport aux produits ou aux services visés [arrêts du Tribunal du 27 février 2002, Eurocool Logistik/OHMI (EUROCOOL), T-34/00, Rec. p. II-683, point 38, et TRUEWHITE, point 16 supra, point17].

20 En ce qui concerne le public pertinent et ainsi qu'il a été à juste titre constaté, en substance, aux points 12 et 13 de la décision attaquée, les services litigieux sont destinés aussi bien aux consommateurs moyens qu'aux professionnels et c'est à l'égard du public germanophone que l'appréciation du caractère descriptif de la marque demandée est, compte tenu des éléments de cette marque, la plus pertinente. L'appréciation du caractère descriptif de la marque demandée doit donc, ce que ne conteste d'ailleurs pas la requérante, s'effectuer au regard du consommateur moyen germanophone de l'Union européenne.

21 Comme l'a relevé la chambre de recours, la marque demandée se compose des éléments accolés « fluege » et « .de », le premier de ces éléments étant une variante, écrite en minuscules et avec le groupe de lettres « ue » à la place de la lettre « ü », du terme allemand « Flüge » (vols) et le second de ces éléments étant un domaine de premier niveau associé à un pays ou à un territoire indépendant [country code Top-Level Domain (ccTLD)], en l'occurrence l'Allemagne.

22 La chambre de recours a considéré qu'il convenait de tenir compte, dans l'analyse de l'élément « fluege », du fait que le public pertinent est habitué à certaines particularités de l'écriture des adresses Internet. Au nombre de ces particularités, elle a relevé que ces adresses Internet étaient normalement écrites en minuscules, que les caractères spéciaux comme les lettres « ä », « ü », « ö » et « β » étaient souvent remplacés par les groupes de lettres « ae », « ue », « oe » et « ss » et que, pour des raisons techniques, il n'avait pas été ou n'était pas possible d'utiliser ces caractères spéciaux. Elle a considéré que, par conséquent, le public pertinent, connaissant ces particularités, ne les percevait pas comme des divergences à l'égard des usages linguistiques.

23 La requérante ne parvient pas à sérieusement contredire cette considération. En particulier, son allégation selon laquelle la chambre de recours n'aurait pas tenu compte d'une possibilité d'utiliser, dès 2004, les caractères accentués (tels que la lettre « ü ») dans les adresses Internet ne contredit pas la circonstance, relevée par la chambre de recours, que les caractères accentués sont souvent remplacés par des groupes de lettres et l'appréciation de cette chambre selon laquelle, en substance, le terme « fluege » est susceptible d'être spontanément perçu par le public pertinent comme une simple variante orthographique, non inhabituelle dans le cadre d'Internet, du terme allemand « Flüge ».

24 La circonstance que le terme « fluege » est suivi du domaine de premier niveau « .de » dans la marque demandée n'implique pas, contrairement à ce que suggère la requérante, un niveau d'attention accru du public pertinent à l'égard de ce terme.

25 Au contraire, la circonstance que le signe demandé soit, compte tenu de sa terminaison « .de », d'emblée perceptible par ce public comme un nom de domaine et, donc, comme une référence à une adresse Internet est plutôt de nature à suggérer que ledit public accordera une attention moindre au fait que le terme « fluege » est construit avec une initiale en minuscule et avec le groupe de lettres « ue ».

26 Il convient d'ajouter que le fait d'accoler à un terme descriptif et dépourvu de caractère distinctif un élément correspondant à un domaine de premier niveau (par exemple le domaine de premier niveau « .de ») n'a pas pour effet de conférer au signe en résultant – alors spontanément identifiable par le public pertinent comme un nom de domaine et, donc, comme une référence à une adresse Internet – un caractère distinctif. En effet, la partie distinctive d'un tel nom de domaine n'est pas le domaine de premier niveau, éventuellement constitué d'un point et d'un groupe de lettres correspondant à l'extension nationale, mais tout au plus le domaine de deuxième niveau auquel s'accole le domaine de premier niveau.

27 Quant à soutenir, comme le fait en substance la requérante, qu'une marque constituée d'un nom de domaine devrait, même en présence d'un terme descriptif, être protégeable au motif que tout utilisateur d'Internet saurait que, même derrière un nom de domaine formé à partir d'un terme descriptif, il trouvera le portail d'un seul prestataire commercial, il convient de rejeter un tel argument.

28 En effet, il convient de relever qu'un nom de domaine ne fait, en tant que tel, référence, tout au plus, qu'à une adresse Internet, et non à une origine commerciale de produits ou de services d'un producteur ou d'un fournisseur déterminé. La pratique en matière d'attribution de noms de domaine et l'utilisation des noms de domaine ne déterminent pas l'aptitude d'un nom de domaine à être enregistré comme marque communautaire au regard des motifs absolus de refus définis dans le règlement nº 207/2009.

29 Il convient, à cet égard, de rappeler la nécessité de distinguer entre les droits tirés de l'enregistrement d'un nom de domaine, d'une part, et les droits tirés de l'enregistrement d'un signe en tant que marque communautaire, d'autre part. Ainsi, le fait qu'une partie possède un nom de domaine, tel que le nom de domaine « fluege.de », n'implique pas que ledit nom de domaine puisse, de ce fait, être enregistré en tant que marque communautaire. Pour ce faire, il convient en effet qu'il remplisse l'ensemble des conditions posées par le règlement nº 207/2009 à cet égard [arrêt du Tribunal du 12 décembre 2007, DeTeMedien/OHMI (suchen.de), T-117/06, non publié au Recueil, point 44].

30 Ainsi, tout argument qui pourrait être lié à l'absence d'un impératif de disponibilité en raison d'un prétendu droit exclusif acquis sur le nom de domaine en cause est donc inopérant (voir, en ce sens, arrêt suchen.de, point 29 supra, point 44).

31 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que c'est sans commettre d'erreur que la chambre de recours a pu estimer, en substance, que la marque demandée était spontanément perceptible par le public pertinent comme un nom de domaine faisant référence à l'adresse d'une page Internet dans le domaine aérien et des vols.

32 La requérante soutient que, même si le public pertinent comprenait la marque demandée dans le sens d'un nom de domaine faisant référence à une adresse Internet allemande proposant des vols, les services litigieux ne présenteraient aucun rapport, ou pas un rapport suffisant, avec l'offre de vols.

33 La requérante fait valoir qu'il ne pourrait être perçu de la marque demandée aucune signification descriptive en ce qui concerne les services de « publicité », d'« administration commerciale » et de « travaux de bureau » (relevant de la classe 35), lesquels seraient pertinents pour toute activité commerciale, ni en ce qui concerne les « services de restauration (alimentation) » et les « services d'hébergement » (relevant de la classe 43), ni encore, eu égard à son activité de simple intermédiaire pour la vente de vols, en ce qui concerne les services de « transport », d'« emballage et [de] stockage de marchandises » et d'« organisation de voyages » (relevant de la classe 39).

34 Dans la décision attaquée, la chambre de recours a considéré que la marque demandée était descriptive à l'égard de tous les services litigieux.

35 Au point 21 de la décision attaquée, la chambre de recours a relevé, en particulier, que la « publicité » incluait aussi la publicité pour les vols et les entreprises de transport aérien, que l'« administration commerciale » et les « travaux de bureau » pouvaient présenter un caractère spécial, orienté en direction des exigences particulières des entreprises de transport aérien, que le « transport » incluait le transport par avion, que l' « emballage et [le] stockage de marchandises » pouvaient viser l'objectif secondaire du transport de marchandises par avion, que l'« organisation de voyages » et les « services de restauration (alimentation) » englobaient l'organisation de voyages aériens et l'alimentation des passagers aériens et, enfin, que les « services d'hébergement » pouvaient tenir compte des exigences particulières des voyageurs aériens comme, par exemple, dans 1e cas des hôtels d'aéroports.

36 La chambre de recours a considéré que la marque demandée transmettait, donc, au public pertinent des informations manifestes et directes sur la nature des services litigieux (points 22 et 23 de la décision attaquée) et que ladite marque était, de ce fait, descriptive de ces services au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 2009/207.

37 Cette appréciation de la chambre de recours n'est pas, contrairement à ce que soutient la requérante, erronée.

38 Tout d'abord, il convient de relever que la marque demandée, en ce qu'elle est de nature à être spontanément perçue par le public pertinent comme un nom de domaine faisant référence à l'adresse d'une page Internet dans le domaine aérien et des vols, est descriptive, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 207/2009, des services de « transport » relevant de la classe 39 et, plus particulièrement, au sein de ces services, des services de transport aérien.

39 À cet égard, la circonstance alléguée par la requérante, que son activité concrète ne serait pas une activité de transport aérien, mais une activité d'intermédiaire pour la vente de vols, est totalement dépourvue de pertinence. En effet, l'appréciation du caractère enregistrable d'une marque au regard du motif absolu de refus tiré de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 207/2009 ne dépend en rien de l'activité concrète du demandeur de la marque, mais uniquement du point de savoir si cette marque est descriptive des produits et des services tels qu'ils figurent dans la demande de marque.

40 Il convient d'ajouter que le fait qu'un signe verbal soit descriptif par rapport à une partie seulement des produits ou des services relevant d'une catégorie mentionnée en tant que telle dans la demande d'enregistrement n'empêche pas que ce signe soit refusé à l'enregistrement. En effet, si, dans un tel cas, le signe en question était enregistré en tant que marque communautaire pour la catégorie visée, rien n'empêcherait son titulaire de l'utiliser également pour les produits ou services de cette catégorie pour lesquels il est descriptif [voir arrêt du Tribunal du 9 juillet 2008, Reber/OHMI – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, Rec. p. II-1927, point 92, et la jurisprudence citée, et arrêt TRUEWHITE, point 16 supra, point 27).

41 S'agissant, ensuite, de la question de savoir si la marque demandée est, au-delà des services de « transport », également descriptive des autres services litigieux visés dans la demande de marque, il convient de constater, à l'instar de la chambre de recours et pour les motifs rappelés au point 35 ci-dessus, que ces autres services, définis très largement dans la demande de marque, sont tous susceptibles d'être fournis dans le domaine et en relation étroite avec le transport aérien et les vols.

42 La requérante n'ayant procédé à aucune limitation de sa demande de marque aux fins d'exclure du champ de cette demande ces autres services litigieux en ce qu'ils seraient fournis dans le domaine du transport aérien et des vols, c'est à juste titre que la chambre de recours, pour les motifs exprimés, notamment, aux points 20 à 22 de la décision attaquée, a conclu que la marque demandée était descriptive, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 207/2009, de ces autres services litigieux visés dans la demande de marque [arrêt du Tribunal du 8 juin 2005, Wilfer/OHMI (ROCKBASS), T-315/03, Rec. p. II-1981, point 70 ; voir, par analogie, arrêt du Tribunal du 11 février 2010, Deutsche BKK/OHMI (Deutsche BKK), T-289/08, non publié au Recueil, point 49].

43 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que le présent moyen, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 207/2009, doit être rejeté comme non fondé.

Sur le deuxième moyen, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 207/2009

44 La requérante soutient que, compte tenu du caractère inhabituel du terme « fluege » en allemand et de l'attention particulière du public pertinent résultant du caractère unique de l'enregistrement d'un domaine Internet, la marque demandée présente le minimum requis de caractère distinctif pour justifier son enregistrement.

45 L'OHMI conteste la position de la requérante.

46 Il convient de rappeler que le chevauchement entre les motifs absolus de refus implique, en particulier, qu'une marque verbale descriptive des caractéristiques de produits ou de services est, de ce fait, susceptible d'être dépourvue de caractère distinctif à l'égard de ces mêmes produits ou services, sans préjudice d'autres raisons pouvant justifier cette absence de caractère distinctif (voir ordonnance de la Cour du 18 mars 2010, CFCMCEE/OHMI, C-282/09 P, Rec. p. I-2395, point 52, et la jurisprudence citée).

47 En l'espèce, il a été constaté que la chambre de recours n'a pas commis d'erreur en concluant au caractère descriptif de la marque demandée à l'égard des services litigieux. Dans ce cadre, il a notamment été relevé que le fait d'accoler à un terme descriptif et dépourvu de caractère distinctif un point et un groupe de lettres correspondant à un domaine de premier niveau n'a pas pour effet de conférer au signe en résultant, alors spontanément identifiable par le public pertinent comme un nom de domaine faisant référence à une adresse Internet, un caractère distinctif.

48 Il s'ensuit que le présent moyen, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 207/2009, doit être rejeté comme non fondé.

Sur le troisième moyen, tiré du caractère distinctif acquis par l'usage de la marque demandée

49 La requérante fait valoir que la marque demandée a acquis un caractère distinctif par l'usage qui en a été fait en Allemagne ainsi que dans les autres territoires germanophones de l'Union. Elle produit des pièces à cet égard et en déduit que la marque demandée doit être enregistrée et la décision attaquée annulée.

50 L'OHMI fait valoir que le caractère distinctif acquis par l'usage est invoqué tardivement devant le Tribunal et qu'il n'est, de toute manière, pas établi.

51 Il y a lieu de rappeler que le recours porté devant le Tribunal vise au contrôle de la légalité des décisions des chambres de recours de l'OHMI au sens de l'article 65 du règlement nº 207/2009. En outre, l'article 135, paragraphe 4, du règlement de procédure du Tribunal prévoit que les mémoires des parties ne peuvent pas modifier l'objet du litige devant la chambre de recours.

52 En l'espèce, il ressort du dossier que la requérante n'a pas invoqué, dans le cadre de la procédure devant l'OHMI, le fait que la marque demandée aurait acquis un caractère distinctif du fait de son usage, au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement nº 207/2009. Partant, la question du caractère distinctif après l'usage qui aurait été fait du signe verbal en cause n'a pas été débattue devant l'OHMI.

53 À cet égard, il doit être relevé que l'invocation, tant dans une procédure ex parte que dans une procédure inter partes, du caractère distinctif acquis par l'usage constitue une question de droit autonome par rapport à celle du caractère distinctif intrinsèque de la marque en cause. Dès lors, en

l'absence d'invocation, par la partie devant l'OHMI, du caractère distinctif acquis par sa marque, l'OHMI n'est pas tenu d'examiner d'office l'existence de ce caractère [voir arrêt du Tribunal du 10 mars 2010, Baid/OHMI (LE GOMMAGE DES FACADES), T-31/09, non publié au Recueil, point 41, et la jurisprudence citée].

54 Dès lors, il n'appartient pas au Tribunal de statuer sur cette question, qui ne faisait pas partie de l'objet du litige devant la chambre de recours.

55 Le troisième moyen doit donc être rejeté.

56 Il découle de l'ensemble des considérations qui précèdent que le recours doit être rejeté.

Sur les dépens

57 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La requérante ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens, conformément aux conclusions de l'OHMI.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (deuxième chambre)

déclare et arrête :

1) Le recours est rejeté.

2) Unister GmbH supportera ses propres dépens ainsi que les dépens de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI).

Forwood Dehousse Schwarcz

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 14 mai 2013.

Signatures