ARRÊT DU TRIBUNAL (première chambre)

29 septembre 2009 *

Dans l'affaire T-139/08,

The Smiley Company SPRL, établie à Bruxelles (Belgique), représentée par M^e^ A. Deutsch, avocat,

partie requérante,

contre

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

partie défenderesse,

ayant pour objet un recours formé contre la décision de la quatrième chambre de recours de l'OHMI du 7 février 2008 (R 958/2007-4), concernant l'enregistrement international désignant la Communauté européenne de la marque figurative représentant la moitié d'un sourire de smiley,

* Langue de procédure : l'anglais.

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

composé de M^me^ V. Tiili, président, M. F. Dehousse et M^me^ I. Wiszniewska-Białecka (rapporteur), juges,

greffier : M^me^ K. Pocheć, administrateur,

vu la requête déposée au greffe du Tribunal le 11 avril 2008,

vu le mémoire en réponse déposé au greffe du Tribunal le 31 juillet 2008,

vu la question écrite du Tribunal aux parties,

vu les observations déposées par les parties au greffe du Tribunal les 8, 15 et 30 avril 2009,

vu l'ordonnance du 4 juin 2009 autorisant une substitution de parties,

à la suite de l'audience du 10 juin 2009,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

1 Le 14 avril 2006, M. Franklin Loufrani a obtenu pour la marque figurative reproduite ci-après (ci-après la « marque en cause ») un enregistrement international désignant la Communauté européenne :



2 L'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) a reçu notification de l'enregistrement international de la marque en cause le 14 septembre 2006.

3 Les produits pour lesquels la protection de cette marque est revendiquée dans la Communauté relèvent des classes 14, 18 et 25 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 14 : « Métaux précieux et leurs alliages autres qu'à usage dentaire, joaillerie, bijouterie, pierres précieuses, horlogerie et instruments chronométriques, argenterie (vaisselle), objets d'art en métaux précieux, boîtes, étuis et coffrets en métaux précieux, bracelets (bijouterie), broches (bijouterie), cadrans solaires, cendriers pour fumeurs (en métaux précieux), chaînes (bijouterie), ornements de chapeaux (en métaux précieux), chronographes (montres), chronomètres, porte-clefs de fantaisie, colliers (bijouterie), épingles de cravates, récipients pour la cuisine et le ménage, ustensiles de cuisine et de ménage en métaux précieux, épingles (bijouterie), horloges, insignes en métaux précieux, boutons de manchettes, médailles, porte-monnaie en métaux précieux, montres, bracelets de montres, orfèvrerie (à l'exception de la coutellerie, des fourchettes et des cuillers), parures (bijouterie), pendules (horlogerie), porte-serviettes en métaux précieux, réveille-matin, services (vaisselle) en métaux précieux, urnes en métaux précieux, vases sacrés en métaux précieux » ;

— classe 18 : « Malles et valises, parapluies, parasols et cannes, fouets et sellerie, colliers et laisses pour animaux, boîtes en cuir ou en carton-cuir, bourses, cannes-sièges, cartables, porte-cartes (portefeuilles), boîtes à chapeaux en cuir, étuis pour clés (maroquinerie), coffrets destinés à contenir des articles de toilette dits 'vanity cases', porte-documents, sacs d'écoliers, filets à provisions, habits pour animaux, mallettes, porte-monnaie (non en métaux précieux), ombrelles, portefeuilles, sacoches pour porter les enfants, sacs à dos, sacs à main, sacs de plage, sacs de voyage, sacs (enveloppes, pochettes) pour l'emballage (en cuir), sacs-housses pour vêtements (pour le voyage), serviettes (maroquinerie), trousses de voyage (maroquinerie) » ;

— classe 25 : « Vêtements (habillement), chaussures (à l'exception des chaussures orthopédiques), costumes de bain, peignoirs de bain, bavettes non en papier, bérets, bonneterie, bottes, bretelles, caleçons, casquettes, ceintures (habillement),

chapeaux, chaussures de sport, costumes de mascarade, couches-culottes, couvre-oreilles (habillement), cravates, écharpes, foulards, gants (habillement), layettes, pantoufles, semelles, sous-vêtements, tabliers (vêtements), vêtements de sport ».

4 Le 1er février 2007, l'OHMI a notifié un refus provisoire ex officio de protection de la marque en cause dans la Communauté, conformément à l'article 5 du protocole relatif à l'arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, adopté à Madrid le 27 juin 1989 (JO 2003, L 296, p. 22), et à la règle 113 du règlement (CE) nº 2868/95 de la Commission, du 13 décembre 1995, portant modalités d'application du règlement (CE) nº 40/94 du Conseil sur la marque communautaire (JO L 303, p. 1), tel que modifié, pour tous les produits couverts par l'enregistrement international désignant la Communauté. Le motif invoqué était l'absence de caractère distinctif de la marque en cause au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), 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 [devenu article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement (CE) nº 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (JO L 78, p. 1)].

5 En l'absence de réponse à cette notification dans le délai imparti, l'examinateur a, par décision du 23 avril 2007, refusé la protection de la marque en cause dans la Communauté pour tous les produits couverts par l'enregistrement international désignant la Communauté, au motif que la marque en cause était dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94.

6 Le 22 juin 2007, M. Loufrani a formé un recours contre cette décision auprès de l'OHMI, au titre des articles 57 à 62 du règlement nº 40/94 (devenus articles 58 à 64 du règlement nº 207/2009).

7 Par décision du 7 février 2008 (ci-après la « décision attaquée »), la quatrième chambre de recours de l'OHMI a rejeté le recours. La chambre de recours a considéré que les produits pour lesquels la protection était revendiquée étaient des produits de consommation courante, que le public pertinent était le grand public dans la

Communauté et que, considérant qu'il s'agissait de « produits de bijouterie, de maroquinerie, vestimentaires et similaires », il manifesterait un degré d'attention relativement élevé lors de leur choix. S'agissant de la marque en cause, d'une part, la chambre de recours a confirmé l'appréciation de l'examinateur selon laquelle il s'agissait d'un motif très simple et banal, ayant une fonction exclusivement décorative et qui ne serait pas retenu par le public pertinent en tant que signe distinctif. D'autre part, elle a écarté comme étant non concluants les exemples de marques enregistrées invoqués à l'appui du recours. Au vu de ces éléments, elle a constaté que la marque en cause était dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 et que la protection de la marque en cause dans la Communauté devait par conséquent être refusée.

8 À la suite d'un transfert de l'enregistrement international de la marque en cause, la requérante, The Smiley Company SPRL, a été admise à se substituer à M. Loufrani dans le cadre de la présente procédure.

Conclusions des parties

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

— annuler la décision attaquée ;

— condamner l'OHMI aux dépens.

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

— rejeter le recours ;

— condamner la requérante aux dépens.

En droit

11 La requérante soulève un moyen unique, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94. Elle fait valoir, en substance, que le public pertinent est composé de consommateurs moyens dont certains manifesteraient un degré d'attention particulièrement élevé, au moins à l'égard d'une partie des produits en cause, et qu'il a l'habitude de percevoir en tant qu'indication d'origine de nombreux signes semblables à la marque en cause. De plus, cette dernière serait déjà utilisée en tant qu'indication de l'origine commerciale de certains produits et aurait des caractéristiques suffisamment spécifiques pour être considérée comme ayant le minimum de caractère distinctif nécessaire à sa protection dans la Communauté.

12 L'OHMI conteste l'argumentation de la requérante.

13 Aux termes de l'article 146, paragraphe 1, du règlement nº 40/94 (devenu article 151, paragraphe 1, du règlement nº 207/2009), tout enregistrement international désignant la Communauté produit, à compter de la date d'enregistrement visée à l'article 3, paragraphe 4, du protocole de Madrid, les mêmes effets qu'une demande de marque communautaire. L'article 149, paragraphe 1, du règlement nº 40/94 (devenu article 154,

paragraphe 1, du règlement nº 207/2009) dispose que tout enregistrement international désignant la Communauté est subordonné à un examen relatif aux motifs absolus de refus, suivant la même procédure que pour les demandes de marque communautaire.

14 Aux termes de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, sont refusées à l'enregistrement les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif. Selon une jurisprudence constante, les marques visées par l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 sont celles qui sont réputées incapables d'exercer la fonction essentielle de la marque, à savoir celle d'identifier l'origine commerciale du produit ou du service en cause 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 du Tribunal du 27 février 2002, Eurocool Logistik/OHMI (EUROCOOL), T-34/00, Rec. p. II-683, point 37, et du 5 mai 2009, Rotter/OHMI (Forme d'un assemblage de saucisses), T-449/07, Rec. p. II-1071, point 18].

15 Le caractère distinctif d'une marque doit être apprécié, d'une part, par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement ou la protection de la marque est demandé et, d'autre part, par rapport à la perception qu'en a le public pertinent, qui est constitué par le consommateur moyen de ces produits ou de ces services [arrêt du Tribunal du 7 février 2002, Mag Instrument/OHMI (Forme de lampes de poche), T-88/00, Rec. p. II-467, point 30, et arrêt Forme d'un assemblage de saucisses, point 14 supra, point 19].

16 Un minimum de caractère distinctif suffit toutefois pour que le motif absolu de refus figurant à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 ne soit pas applicable [arrêts du Tribunal du 19 septembre 2001, Henkel/OHMI (Tablette ronde rouge et blanc), T-337/99, Rec. p. II-2597, point 44, et du 20 mai 2009, CFCMCEE/OHMI (P@YWEB CARD et PAYWEB CARD), T-405/07 et T-406/07, Rec. p. II-1441, point 57].

17 En l'espèce, la protection de la marque en cause dans la Communauté a été refusée pour l'ensemble des produits pour lesquels cette protection était revendiquée. Il s'agit, en substance, de métaux précieux, de produits en métaux précieux, de produits de bijouterie et de produits d'horlogerie, tous relevant de la classe 14, de produits de bagagerie et de maroquinerie relevant de la classe 18 et de vêtements et d'accessoires vestimentaires relevant de la classe 25. Ces produits étant, pour l'essentiel, destinés au grand public, la chambre de recours a considéré à juste titre que le public pertinent était le grand public dans la Communauté. Cela n'est d'ailleurs pas contesté par la requérante.

18 La perception de la marque par le public pertinent est toutefois influencée par le niveau d'attention du consommateur moyen, qui est susceptible de varier en fonction de la catégorie de produits ou de services en cause [arrêts du Tribunal Tablette ronde rouge et blanc, point 16 supra, point 48, et du 12 septembre 2007, Neumann/OHMI (Forme d'une tête de microphone), T-358/04, Rec. p. II-3329, point 40].

19 En l'espèce, même si le choix des produits en cause par le public pertinent pourrait faire l'objet d'une attention relativement élevée, comme l'a relevé la chambre de recours, il ne peut être considéré, comme le soutient la requérante, que le public pertinent manifesterait, même à l'égard d'une partie des produits en cause, un degré d'attention particulièrement élevé. En effet, si ces produits peuvent effectivement être considérés comme relevant du secteur de la mode au sens large et qu'il peut être admis que le consommateur moyen prête une certaine attention à son apparence, et qu'il est dès lors susceptible d'apprécier le style, la qualité, la finition et le prix de ces produits lorsqu'il les achète, il ne ressort pas de la description des produits en cause qu'il s'agirait de produits de luxe ou de produits d'une telle sophistication ou d'un tel prix que le public pertinent serait susceptible d'être particulièrement attentif à leur égard.

20 Il y a donc lieu d'apprécier le caractère distinctif de la marque en cause pour l'ensemble des produits pour lesquels la protection de cette marque est revendiquée en tenant compte de l'attente présumée d'un consommateur moyen ne faisant pas preuve d'un niveau d'attention particulièrement élevé.

21 La marque en cause est constituée par une ligne courbe et ascendante, comparable à un quart de cercle, sous laquelle figure, au milieu, un petit trait vertical et qui est terminée, à son extrémité droite, par une seconde ligne courte, quasiment perpendiculaire à la première. Une forme légèrement triangulaire marque l'intersection des deux lignes principales. Ces différents éléments forment un tout.

22 Lors de l'audience, la requérante a fait valoir que le petit trait vertical figurant sous la courbe ascendante de la marque en cause ne faisait pas partie de cette dernière, mais résultait d'une mauvaise qualité d'impression, ce dont le Tribunal a pris acte. L'OHMI a toutefois argué de l'irrecevabilité de cet argument au motif qu'il modifierait l'objet du litige devant la chambre de recours, en violation de l'article 135, paragraphe 4, du règlement de procédure du Tribunal, ce dont le Tribunal a également pris acte.

23 Il ressort du dossier de la procédure devant l'OHMI que l'examinateur a décrit la marque en cause comme « une ligne noire ascendante qui se termine, en haut à droite, par un trait court et perpendiculaire à cette même ligne » et que, dans son mémoire exposant les motifs de son recours devant la chambre de recours, M. Loufrani a indiqué qu'« il conv[enait] d'attirer l'attention sur le petit trait vertical qui se situe en dessous de la courbe […], élément que l'examinateur ne mentionne pas ». C'est donc à la demande expresse de M. Loufrani que la chambre de recours a considéré que ce petit trait faisait partie de la marque en cause.

24 Or, selon la jurisprudence, il résulte de l'article 63 du règlement nº 40/94 (devenu article 65 du règlement nº 207/2009) et de l'article 135, paragraphe 4, du règlement de procédure qu'un requérant n'a pas le pouvoir de modifier devant le Tribunal les termes du litige tels qu'ils résultent des prétentions et des allégations avancées devant l'OHMI. Par conséquent, un argument développé pour la première fois lors de l'audience devant le Tribunal et ayant un tel effet doit être rejeté comme irrecevable (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 26 avril 2007, Alcon/OHMI, C-412/05 P, Rec. p. I-3569, points 43 à 45, et la jurisprudence citée).

25 En l'espèce, l'argument présenté par la requérante lors de l'audience a pour effet de modifier la marque pour laquelle elle revendique la protection dans la Communauté et à l'égard de laquelle la chambre de recours s'est prononcée. Comme l'a fait valoir l'OHMI, cet argument modifie l'objet du litige devant la chambre de recours, tel qu'il résultait des prétentions avancées par la requérante devant l'OHMI. Partant, il y a lieu de rejeter cet argument comme irrecevable et de considérer que le petit trait vertical fait partie de la marque en cause.

26 S'agissant du caractère distinctif de cette marque, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence, un signe d'une simplicité excessive et constitué d'une figure géométrique de base, telle qu'un cercle, une ligne, un rectangle, ou un pentagone conventionnel, n'est pas susceptible, en tant que tel, de transmettre un message dont les consommateurs peuvent se souvenir, de sorte que ces derniers ne le considéreront pas comme une marque, à moins qu'il ait acquis un caractère distinctif par l'usage [arrêt du Tribunal du 12 septembre 2007, Cain Cellars/OHMI (Représentation d'un pentagone), T-304/05, non publié au Recueil, point 22].

27 Cela étant, la constatation du caractère distinctif d'une marque au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 n'est pas subordonnée à la constatation d'un certain niveau de créativité ou d'imagination linguistique ou artistique de la part du titulaire de la marque. Il suffit que la marque permette au public pertinent d'identifier l'origine des produits ou des services visés par elle et de les distinguer de ceux d'autres entreprises [arrêt de la Cour du 16 septembre 2004, SAT.1/OHMI, C-329/02 P, Rec. p. I-8317, point 41, et arrêt du Tribunal du 29 avril 2009, Borco-Marken-Import Matthiesen/OHMI (α), T-23/07, Rec. p. II-861, point 43].

28 En l'espèce, il est constant que la marque en cause ne représente pas une figure géométrique. Les parties s'opposent toutefois sur le degré de simplicité et, par suite, sur le caractère distinctif de cette marque, la requérante faisant valoir, en substance, que la marque en cause consiste en une « combinaison assez complexe de deux lignes […] qui ressemble un petit peu à la lettre 't' » et qu'elle serait donc distinctive.

29 À cet égard, premièrement, il convient de relever que, contrairement à ce qu'indique la requérante, la chambre de recours n'a pas ignoré le trait figurant à l'extrémité droite de la courbe et le fait qu'il permettrait à la marque en cause de donner une impression différente de celle d'une simple ligne courbe. Il ressort de la décision attaquée que la chambre de recours a, tout d'abord, implicitement fait sienne la description de la marque en cause effectuée par l'examinateur, rappelée au point 23 ci-dessus, qu'elle l'a ensuite complétée, conformément à ce qui était indiqué dans les motifs du recours devant la chambre de recours, en relevant l'existence du « petit trait appara[issan]t au milieu de la courbe, vers le bas », et qu'elle a enfin constaté que ce petit trait ne modifiait pas la perception de la marque en cause comme étant « un motif très simple, banal, ayant une fonction exclusivement décorative et non d'indication de l'origine commerciale des produits ».

30 Deuxièmement, certes, la requérante est fondée à soutenir que le fait qu'une marque remplisse une fonction décorative ou ornementale est sans incidence aux fins de l'appréciation de son caractère distinctif. Toutefois, un signe qui remplit d'autres fonctions que celle d'une marque au sens classique n'est distinctif, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, que s'il peut être perçu d'emblée comme une indication de l'origine commerciale des produits ou des services visés afin de permettre au public pertinent de distinguer sans confusion possible les produits ou les services du titulaire de la marque de ceux qui ont une autre provenance commerciale [arrêts du Tribunal du 5 décembre 2002, Sykes Enterprises/OHMI (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), T-130/01, Rec. p. II-5179, point 20, et du 15 septembre 2005, Citicorp/OHMI (LIVE RICHLY), T-320/03, Rec. p. II-3411, point 66]. Il est donc nécessaire que ce signe, même s'il est décoratif, ait un minimum de caractère distinctif.

31 Or, la marque en cause ne présente aucun aspect facilement et immédiatement mémorisable par le public pertinent, même relativement attentif, qui lui permettrait d'être appréhendée immédiatement comme une indication de l'origine commerciale des produits en cause. Comme l'a justement relevé la chambre de recours, elle sera exclusivement perçue comme un élément décoratif, qu'il s'agisse tant des produits relevant de la classe 14 que de ceux relevant des classes 18 et 25. Partant, la marque en cause ne permettra d'individualiser aucun des produits en cause par rapport à des produits concurrents.

32 Le fait que le public pertinent soit habitué à percevoir des signes figuratifs simples à bandes ou à rayures comme des marques ou que de nombreux fabricants aient enregistré de telles marques pour désigner des produits relevant de la classe 25, ne permet pas de remettre en cause cette constatation.

33 Contrairement à ce que soutient la requérante, la chambre de recours n'a pas affirmé que le public pertinent (notamment les consommateurs des produits relevant de la classe 25) n'avait pas l'habitude de percevoir des signes à bandes simples comme des signes distinctifs. Elle n'a pas davantage affirmé que les consommateurs ne prêtaient pas attention à ces signes à bandes pour distinguer les produits. Il ressort de la décision attaquée que la chambre de recours s'est contentée d'observer que les exemples produits devant elle n'étaient pas convaincants, parce qu'il s'agissait de marques différentes et plus complexes que la marque en cause.

34 Cette position de la chambre de recours doit être approuvée. Premièrement, il s'agit en l'espèce de déterminer si la marque en cause a, par elle-même, la capacité d'être perçue, par le public pertinent, comme une indication lui permettant d'identifier l'origine commerciale des produits en cause, sans confusion possible avec ceux qui ont une autre provenance. Ainsi, le seul fait que d'autres marques, quand bien même elles seraient également simples, ont été considérées comme ayant cette capacité, et, dès lors, comme n'étant pas dépourvues de tout caractère distinctif, n'est pas concluant pour déterminer si la marque en cause possède également le caractère distinctif minimal nécessaire pour pouvoir être protégée dans la Communauté.

35 Deuxièmement, à supposer que l'argumentation de la requérante soit entièrement recevable, certaines marques étant invoquées pour la première fois devant le Tribunal, il faut admettre que les nombreuses marques auxquelles la requérante renvoie sont simples. Cependant, elles sont toutes composées non seulement de simples lignes ou traits, comme la marque en cause, mais soit de formes identifiables et ayant une certaine surface (pleine ou du fait de leurs contours), telles que des bandes, des parallélépipèdes, des virgules, des lettres stylisées, soit de combinaisons de telles formes. La chambre de recours a ainsi justement relevé que les marques invoquées devant elle consistaient en des dessins produisant une impression globale de surface. Tel n'est pas le cas de la marque en cause. Partant, l'affirmation de la requérante selon laquelle les marques auxquelles elle renvoie présentent les mêmes caractéristiques que celles de la marque

en cause ou selon laquelle cette dernière présente la même complexité que les marques qu'elle invoque, ne peut être retenue. Il s'ensuit que le fait que le consommateur de certains produits relevant de la classe 25 soit habitué à percevoir de telles formes ou de telles combinaisons de formes en tant qu'indication de l'origine commerciale de ces produits n'est pas concluant pour le cas d'espèce.

36 Troisièmement, le caractère distinctif minimal requis aux fins de l'enregistrement ou de la protection dans la Communauté doit être apprécié dans chaque cas au regard des circonstances de l'espèce. En effet, les décisions que les chambres de recours sont amenées à prendre, en vertu du règlement nº 40/94, concernant l'enregistrement ou la protection d'un signe en tant que marque communautaire, relèvent de l'exercice d'une compétence liée. 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 (arrêt de la Cour du 15 septembre 2005, BioID/OHMI, C-37/03 P, Rec. p. I-7975, point 47, et arrêt Alcon/OHMI, point 24 supra, point 65). Par conséquent, le fait que des signes simples à bandes ou à rayures aient été enregistrés comme marques communautaires par l'OHMI n'est pas pertinent aux fins d'apprécier si la marque en cause est ou non dépourvue de tout caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94.

37 Il s'ensuit que c'est à bon droit que la chambre de recours a considéré que la marque en cause était un motif très simple et banal ayant une fonction exclusivement décorative et qu'elle ne serait pas perçue en tant qu'indication de l'origine commerciale des produits en cause.

38 L'argument tiré du fait que la marque en cause serait déjà utilisée en tant qu'indication d'une origine commerciale ne peut remettre en cause cette conclusion. L'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 impose d'analyser le caractère distinctif d'une marque en dehors de tout usage effectif au sens de l'article 7, paragraphe 3, du même règlement (devenu article 7, paragraphe 3, du règlement nº 207/2009) [arrêts du Tribunal du 5 avril 2001, Bank für Arbeit und Wirtschaft/OHMI (EASYBANK), T-87/00, Rec. p. II-1259, point 40, et du 23 novembre 2004, Frischpack/OHMI (Forme d'une boîte de fromage), T-360/03, Rec. p. II-4097, point 29]. En outre, 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 63 du règlement nº 40/94. Dès lors, la fonction du Tribunal n'est pas de réexaminer les circonstances de fait à la lumière des preuves présentées pour la première fois devant lui. En effet, l'admission de ces preuves est contraire à l'article 135, paragraphe 4, du règlement de procédure, selon lequel les mémoires des parties ne peuvent pas modifier l'objet du litige devant la chambre de recours [arrêt du Tribunal du 6 mars 2003, DaimlerChrysler/OHMI (Calandre), T-128/01, Rec. p. II-701, point 18, et arrêt α, point 27 supra, point 9]. Or, il ressort du dossier de la procédure devant l'OHMI que les photographies produites par la requérante à l'appui de cet argument le sont pour la première fois devant le Tribunal et que la requérante n'a pas fait valoir devant l'OHMI que la marque en cause aurait acquis un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait. Partant, cet argument et les preuves produites à son appui doivent être écartés comme irrecevables.

39 Enfin, s'agissant de l'argument selon lequel la marque en cause serait identifiée par le public pertinent comme une « demi-bouche de smiley », smiley lui-même enregistré en tant que marque communautaire nº 517383, et qu'elle serait de ce fait distinctive, et à supposer même que cet argument, formulé pour la première fois devant le Tribunal, soit recevable, il ne peut pas être retenu. Comme l'indique l'OHMI, suivre cette approche reviendrait à admettre que tout extrait d'une marque enregistrée, et, partant, tout extrait d'une marque distinctive, est de ce seul fait également distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94. Cela ne peut être admis. En effet, l'appréciation du caractère distinctif d'une marque au sens de cette disposition se fonde sur la capacité de cette marque à individualiser les produits ou les services du demandeur dans le marché, par rapport aux produits ou aux services du même genre offerts par les concurrents [arrêt du Tribunal du 27 février 2002, Rewe-Zentral/OHMI (LITE), T-79/00, Rec. p. II-705, point 30]. Le fait que la marque en cause consiste en une partie d'une marque déjà enregistrée n'est pas pertinent à cet égard.

40 En toute hypothèse, si, en comparant les marques côte à côte, il peut être constaté que la marque en cause ressemble à une moitié de la bouche qui figure dans la marque communautaire nº 517383, il convient toutefois de rappeler que le consommateur moyen doit se fier à l'image imparfaite de la marque qu'il a gardée en mémoire [arrêts du Tribunal du 25 septembre 2002, Viking-Umwelttechnik/OHMI (Juxtaposition de vert et de gris), T-316/00, Rec. p. II-3715, point 28, et du 12 novembre 2008, GretagMacbeth/OHMI (Combinaison de 24 carrés de couleur), T-400/07, non publié

au Recueil, point 47]. En outre, la reconnaissance par le public pertinent, dans la marque en cause, d'une partie de la marque communautaire nº 517383 suppose que le public pertinent connaisse cette dernière marque, ce que la requérante n'a pas établi. Il ne peut donc pas être considéré que, en percevant la marque en cause, le public pertinent l'identifiera comme une demi-bouche de smiley, ou la moitié du sourire apparaissant dans la marque communautaire nº 517383. À cet égard, force est également de constater, à l'instar de l'OHMI, que le petit trait vertical figurant sous la courbe principale de la marque en cause n'apparaît pas dans la bouche qui figure dans la marque communautaire nº 517383. La possible association de la marque en cause avec la marque invoquée par la requérante n'est donc pas établie.

41 Il résulte de tout ce qui précède que la chambre de recours n'a pas commis d'erreur en considérant que la marque en cause était dépourvue du minimum de caractère distinctif requis pour échapper au motif absolu de refus de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 et que sa protection dans la Communauté devait de ce fait être refusée. Partant, le moyen unique, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, doit être rejeté comme non fondé, ainsi que le recours dans son ensemble.

Sur les dépens

42 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, y compris ceux liés à sa substitution à M. Loufrani en tant que partie requérante, conformément aux conclusions de l'OHMI.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (première chambre)

déclare et arrête :

1) Le recours est rejeté.

2) The Smiley Company SPRL est condamnée aux dépens, y compris ceux liés à sa substitution à M. Franklin Loufrani.

Tiili Dehousse Wiszniewska-Białecka

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 29 septembre 2009.

Signatures