ARRÊT DE LA COUR (huitième chambre)

4 octobre 2007 *

Dans l'affaire C-144/06 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice, introduit le 17 mars 2006,

Henkel KgaA, établie à Düsseldorf (Allemagne), représentée par Me C. Osterrieth, Rechtsanwalt,

partie requérante,

l'autre partie à la procédure étant:

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

partie défenderesse en première instance,

* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR (huitième chambre),

composée de M. E. Juhász (rapporteur), président de chambre, MM. J. Malenovský et T. von Danwitz, juges,

avocat général: M. D. Ruiz-Jarabo Colomer,
greffier: M. B. Fülöp, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 24 mai 2007,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 Par son pourvoi, Henkel KGaA (ci-après «Henkel») demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 17 janvier 2006, Henkel/OHMI (T-398/04, non publié au Recueil — Rec. 2006, p. II-6*, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a rejeté son recours tendant à l'annulation de la décision de la deuxième chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), du 4 août 2004 (ci-après la «décision litigieuse»), refusant l'enregistrement d'une marque.

Le cadre juridique

2 L'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1), dispose:

«1. Sont refusés à l'enregistrement:

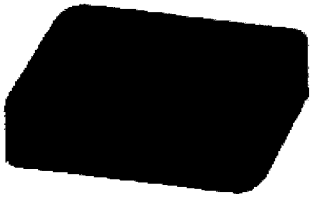
[...]

b) les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif».

Les antécédents du litige

3 Le 28 septembre 1998, Henkel a, en vertu du règlement n° 40/94, présenté à l'OHMI une demande d'enregistrement.

4 La marque communautaire demandée est le signe figuratif représenté ci-dessous (ci-après la «marque demandée»):



5 Les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent des classes 1, 3 et 21 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, notamment, en ce qui concerne les produits relevant de la classe 3, à la description suivante: «Produits pour laver la vaisselle et le linge».

6 Henkel a revendiqué un droit de priorité sur la base de la demande d'enregistrement déposée en Allemagne le 18 juin 1998, qui visait une marque identique à la marque demandée.

7 À la suite de la décision du 1er octobre 1999, par laquelle l'examinateur a rejeté la demande d'enregistrement au titre de l'article 7, paragraphe 1, sous b) et d), du règlement n° 40/94, Henkel a formé, le 19 novembre 1999, un recours auprès de l'OHMI, au titre des articles 57 à 59 du règlement n° 40/94 contre cette décision.

8 Par la décision litigieuse, la deuxième chambre de recours de l'OHMI a rejeté ce recours. En substance, elle a considéré que la marque demandée était dépourvue de caractère distinctif, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, par rapport à tous les produits visés par la demande d'enregistrement.

Le recours devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

9 Le 8 octobre 2004, Henkel a introduit un recours devant le Tribunal aux fins de l'annulation de la décision litigieuse. À l'appui de son recours, Henkel soulevait deux moyens. Ces derniers et, partant, le recours ont été rejetés par le Tribunal.

10 Selon le premier moyen, tiré d'une violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, l'OHMI aurait commis des erreurs dans l'application des critères d'appréciation du caractère distinctif.

11 Tout d'abord, Henkel a reproché à l'OHMI d'avoir omis d'examiner l'existence du caractère distinctif à la date de dépôt de la demande d'enregistrement et de ne pas avoir établi quelle était la forme habituelle des produits commercialisés sur le marché à cette date. Ensuite, selon Henkel, l'OHMI n'aurait pas pu affirmer que les différentes couleurs du signe correspondaient à différents agents actifs, car ce choix de couleurs et leur combinaison resteraient à sa discrétion.

12 Ensuite, Henkel a relevé que l'ordonnance du Bundespatentgericht (tribunal fédéral des brevets), par laquelle ce dernier avait jugé que le signe demandé auprès du Deutsches Patent- und Markenamt (Office allemand des brevets et des marques) n'était pas dépourvu de caractère distinctif par rapport aux produits pour lave-linge et pour lave-vaisselle, n'a pas été prise en compte.

13 Enfin, Henkel a rappelé que l'OHMI avait admis l'enregistrement de plusieurs signes comparables à la marque demandée.

14 Devant le Tribunal, l'OHMI a estimé, en revanche, que le consommateur perçoit le signe en cause non pas comme une indication de l'origine commerciale du produit, mais uniquement comme la représentation de ce dernier. En ce qui concerne la décision du Bundespatentgericht, celle-ci aurait été dûment prise en compte, mais elle n'aurait pas lié l'OHMI. S'agissant de la pratique décisionnelle antérieure, l'OHMI a rappelé que le juge communautaire est tenu de statuer de manière indépendante sur la demande qui lui est présentée et n'est, en particulier, aucunement lié par des décisions antérieures illégales. En outre, les cas relevés par Henkel n'auraient pas été comparables au cas d'espèce.

15 Le Tribunal a constaté que Henkel avait limité son moyen aux «produits pour laver la vaisselle et le linge» et que ces produits relevaient de la consommation courante à l'égard desquels le degré d'attention du consommateur n'est pas élevé lors de leur achat. En ce qui concerne le caractère distinctif de la marque demandée, il a observé, après avoir rappelé les principes juridiques établis par la jurisprudence en ce domaine, que l'appréciation d'un tel caractère ne saurait aboutir à un résultat différent dans le cas d'une marque tridimensionnelle constituée par la présentation du produit lui-même et dans le cas d'une marque figurative constituée par la représentation, fidèle à la réalité, du même produit.

16 Le Tribunal, ayant précisé que, afin d'apprécier le caractère distinctif de la marque demandée il y a lieu d'analyser l'impression d'ensemble produite par cette représentation, ce qui n'est pas incompatible avec un examen successif des différents éléments la composant (arrêts du 11 novembre 1997, SABEL, C-251/95, Rec. p. I-6191, point 23, et du 16 septembre 2004, SAT.1/OHMI, C-329/02 P, Rec. p. I-8317, point 35), a procédé à une analyse des éléments de la marque, suivie d'une appréciation d'ensemble. À la suite de cette dernière, le Tribunal a jugé que la marque demandée ne permet pas de distinguer le produit concerné de ceux d'autres entreprises.

17 Le Tribunal a ajouté que cette appréciation ne pourrait pas être remise en cause ni par le fait que, au moment du dépôt de la demande de marque, Henkel était la seule à commercialiser des produits sous la forme dont le signe demandé est la représentation ni par les enregistrements antérieurs. En ce qui concerne l'enregistrement national, le Tribunal a souligné que ce dernier peut être pris en considération, mais ne lie pas l'OHMI, étant donné que le régime des marques communautaires est un régime autonome, constitué d'un ensemble de règles et poursuivant des objectifs qui lui sont spécifiques, son application étant indépendante de tout système national et que le caractère enregistrable d'un signe en tant que marque communautaire ne doit être apprécié que sur le fondement de la réglementation communautaire pertinente.

18 Quant aux décisions d'enregistrement de l'OHMI, le Tribunal a rappelé que même si des motifs de fait ou de droit figurant dans une décision antérieure peuvent constituer des arguments à l'appui d'un moyen tiré de la violation d'une disposition du règlement n° 40/94, il n'en demeure pas moins que 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. De surcroît, selon le Tribunal, les marques invoquées par Henkel n'étaient pas entièrement comparables à celle en cause, soit parce que les produits visés n'étaient pas les mêmes, soit parce que les signes concernés comportaient des éléments autres que des formes géométriques de base.

19 Le second moyen a été tiré d'un abus du pouvoir discrétionnaire et du principe d'égalité de traitement. En fait, Henkel a considéré que, en refusant l'enregistrement de la marque demandée tout en enregistrant les marques comparables, l'OHMI avait abusé de son pouvoir discrétionnaire et violé le principe d'égalité de traitement. En outre, Henkel a fait observer que, si elle tolérait une telle situation sans obtenir une compensation résultant de l'enregistrement de sa propre marque, elle subirait une discrimination qui se heurterait au principe de la libre circulation des marchandises visé à l'article 28 CE. Henkel a encore ajouté que l'objectif d'harmonisation poursuivi par le règlement n° 40/94, ainsi qu'il découle de ses premier et troisième considérants, ne pourrait être atteint qu'à la condition que le droit matériel unifié fasse l'objet d'une interprétation uniforme.

20 L'OHMI a soutenu que, dès lors que la décision sur l'enregistrement relève de la compétence liée, la légalité d'une décision ne pourrait être remise en cause par une pratique antérieure de l'OHMI, qu'elle soit légale ou non.

21 Le Tribunal a rappelé que les décisions que les chambres de recours sont amenées 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 (arrêt du 15 septembre 2005, BioID/OHMI, C-37/03 P, Rec. p. I-7975, point 47). Il a jugé que le second moyen de Henkel avait visé, en réalité, non pas l'abus d'un éventuel pouvoir discrétionnaire conféré à l'OHMI, mais le fait que l'OHMI avait admis à l'enregistrement en tant que marque les signes comparables, alors qu'il avait refusé la demande d'enregistrement de la marque en cause. Selon le Tribunal, ce moyen se confondait donc avec une partie des arguments que Henkel avait avancés à l'appui du premier moyen, et, partant, il était inopérant.

Les conclusions des parties

22 Par son pourvoi, Henkel demande à la Cour:

— d'annuler l'arrêt attaqué;

— d'annuler la décision litigieuse;

— de condamner l'OHMI aux dépens.

23 L'OHMI demande à la Cour:

— de rejeter le pourvoi;

— de condamner Henkel aux dépens.

Sur le pourvoi

Argumentation des parties

24 À l'appui de son pourvoi, Henkel soulève le moyen unique tiré d'une violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, se traduisant par une appréciation erronée en droit et en fait des exigences relatives au caractère distinctif de la marque demandée. Henkel estime que la Cour devrait donner une appréciation juridique correcte des questions de droit que soulèvent les faits de cette affaire, car le Tribunal n'a pas fait une application exacte de la notion juridique de «marque dépourvue de caractère distinctif».

25 Selon Henkel, le Tribunal a jugé à tort que la marque demandée ne présentait pas un caractère distinctif suffisant, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Or, en vertu de cette disposition, seul un degré minimal de caractère distinctif pourrait être exigé (arrêt du 20 septembre 2001, Procter & Gamble/OHMI, C-383/99 P, Rec. p. I-6251, point 40). Il y aurait, par conséquent, seulement lieu d'examiner si la marque demandée est apte à identifier le produit pour lequel est demandé l'enregistrement comme provenant d'une entreprise déterminée et, partant, à distinguer ce produit de ceux d'autres entreprises (arrêt du 4 mai 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 et C-109/97, Rec. p. I-2779, point 46).

26 Henkel soutient que, sur le marché en l'espèce, chaque producteur utilise différents coloris afin de distinguer ses produits de ceux de ses concurrents. Pour cette raison une reproduction du produit figurerait toujours de manière prédominante sur la partie avant de l'emballage et le public percevrait bien le produit tel qu'il est concrètement présenté comme une indication de son fabricant.

27 Henkel estime qu'est inexacte la prémisse du Tribunal selon laquelle le niveau d'attention du consommateur moyen à l'égard de l'apparence du produit ne serait pas élevé lorsque ce produit est habituellement vendu dans un emballage sur lequel apparaissent aussi des indications verbales portant sur la composition et la destination du produit concerné. Il serait également inexact qu'il s'agit de produits à bas prix d'usage quotidien que les consommateurs achèteraient sans degré élevé d'attention et sans procéder à un examen approfondi du produit. Selon Henkel, le public tire du signe figuratif litigieux un grand nombre d'informations qui vont bien au delà de ce qui suffit normalement à déterminer l'origine du produit.

28 En outre, Henkel soutient, dans son mémoire en réplique, que le Tribunal a dénaturé les faits lorsqu'il a retenu qu'il s'agissait d'une variante de la présentation du produit venant le plus naturellement à l'esprit. En fait, le signe en cause n'aurait pas la forme de ce qu'il convient de considérer comme «forme probable», étant donné les couches intercalées se distinguant nettement les unes des autres par leurs coloris, dont l'agencement a été choisi totalement librement, ainsi que la présence inhabituelle d'une couleur foncée et d'une forme ovale pour des détergents.

29 L'OHMI considère le pourvoi irrecevable. Il relève que Henkel ne précise pas quelle erreur de droit le Tribunal aurait commise et que les griefs concernent le résultat d'un examen de la perception des consommateurs. Selon l'OHMI, il convient de voir ce processus comme relevant du domaine de la constatation des faits et non pas comme s'inscrivant dans le cadre de la qualification juridique. Or, l'appréciation des faits et des éléments de preuve ne constitue pas, sous réserve du cas de leur dénaturation ou de leur altération, une question de droit soumise comme telle au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi.

30 L'OHMI fait valoir que les différents problèmes soulevés (notamment les questions de savoir s'il est devenu pratique courante sur le marché que la forme et la couleur des tablettes ont une indication d'origine, si le public tire de la représentation directe d'un produit une information relative à l'origine commerciale, ou s'il est possible de déduire de l'expérience que le niveau d'attention du consommateur moyen à l'égard de l'apparence d'un produit n'est pas élevé lorsque le produit concerné est vendu dans un emballage sur lequel apparaissent également des indications verbales portant sur la composition et la destination dudit produit), sont des questions de fait. L'OHMI estime, en outre, que le Tribunal n'a ni dénaturé les faits, ni omis de caractéristiques individuelles du signe (notamment la troisième couleur du produit).

31 L'OHMI considère enfin que certains griefs de Henkel, formulés dans son mémoire en réplique, ne peuvent pas faire l'objet d'un examen, conformément à l'article 42 du règlement de procédure de la Cour, étant donné qu'ils n'ont pas été présentés en temps utile. En tout état de cause, ces griefs seraient inopérants sur le fond.

Appréciation de la Cour

32 En premier lieu, Henkel fait grief au Tribunal d'avoir apprécié erronément en droit des exigences relatives au caractère distinctif de la marque demandée.

33 Aux termes de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, sont refusées à l'enregistrement les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif.

34 Il résulte d'une jurisprudence constante que le caractère distinctif d'une marque au sens de cet article signifie que cette marque permet d'identifier le produit pour lequel l'enregistrement est demandé comme provenant d'une entreprise déterminée et donc de distinguer ce produit de ceux d'autres entreprises (arrêts du 29 avril 2004, Procter & Gamble/OHMI, C-473/01 P et C-474/01 P, Rec. p. I-5173, point 32, et du 21 octobre 2004, OHMI/Erpo Möbelwerk, C-64/02 P, Rec. p. I-10031, point 42).

35 Ce caractère distinctif doit être apprécié, d'une part, par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement est demandé et, d'autre part, par rapport à la perception que le public pertinent en a (arrêts du 29 avril 2004, Procter & Gamble/OHMI, précité, point 33, et du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, Rec. p. I-5719, point 25).

36 Selon une jurisprudence également constante, les critères d'appréciation du caractère distinctif des marques tridimensionnelles constituées par l'apparence du produit lui-même ne sont pas différents de ceux applicables aux autres catégories de marques. Toutefois, il convient de tenir compte, dans le cadre de l'application de ces critères, du fait que la perception du consommateur moyen n'est pas nécessairement la même dans le cas d'une marque tridimensionnelle, constituée par l'apparence du produit lui-même, que dans le cas d'une marque verbale ou figurative, qui consiste en un signe indépendant de l'apparence des produits qu'elle désigne. En effet, les consommateurs moyens n'ont pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se fondant sur leur forme ou celle de leur emballage, en l'absence de tout élément graphique ou textuel, et il pourrait donc s'avérer plus difficile d'établir le caractère distinctif d'une telle marque tridimensionnelle que celui d'une marque verbale ou figurative (arrêts du 7 octobre 2004, Mag Instrument/OHMI, C-136/02 P, Rec. p. I-9165, point 30, ainsi que Storck/OHMI, précité, points 26 et 27).

37 Dans ces conditions, seule une marque qui, de manière significative, diverge de la norme ou des habitudes du secteur et, de ce fait, est susceptible de remplir sa fonction essentielle d'origine n'est pas dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 (arrêts du 12 janvier 2006, Deutsche SiSi-Werke/OHMI, C-173/04 P, Rec. p. I-551, point 31, et Storck/OHMI, précité, point 28).

38 Cette jurisprudence, développée au sujet des marques tridimensionnelles constituées par l'apparence du produit lui-même, vaut également lorsque, comme en l'espèce, la marque demandée est une marque figurative constituée par la représentation bidimensionnelle dudit produit. En effet, en pareil cas, la marque ne consiste pas non plus en un signe indépendant de l'aspect des produits qu'elle désigne (arrêt Storck/OHMI, précité, point 29).

39 Il y a lieu de rappeler que, afin d'apprécier si une marque est ou non dépourvue de caractère distinctif, il convient de prendre en considération l'impression d'ensemble qu'elle produit. Cela ne saurait toutefois impliquer qu'il n'y aurait pas lieu de procéder, dans un premier temps, à un examen successif des différents éléments de présentation utilisés pour cette marque. En effet, il peut être utile, au cours de l'appréciation globale, d'examiner chacun des éléments constitutifs de la marque concernée (voir, en ce sens, arrêt du 30 juin 2005, Eurocermex/OHMI, C-286/04 P, Rec. p. I-5797, points 22 et 23, ainsi que la jurisprudence citée).

40 Il ressort de l'arrêt attaqué que le Tribunal a correctement identifié et appliqué au cas d'espèce les critères déterminés par la jurisprudence.

41 C'est à bon droit que le Tribunal a, d'abord, étudié les différents éléments composant l'aspect représenté par la marque demandée, tels que la forme et les couleurs de la tablette, pour analyser, ensuite, son impression d'ensemble, afin d'apprécier si cette marque remplit ou non la fonction d'origine.

42 Ainsi, après avoir examiné, aux points 32 à 35 de l'arrêt attaqué, successivement la forme rectangulaire composant la marque demandée, ses deux couches colorées et son noyau ovale de couleur bleue figurant au milieu de la surface supérieure rouge de la tablette, le Tribunal a considéré que ces éléments ne suffisent pas pour conférer à celle-ci un caractère distinctif.

43 En ce qui concerne l'appréciation d'ensemble de ces éléments, le Tribunal a conclu, au point 39 de l'arrêt attaqué, que «l'impression d'ensemble produite par le signe en cause se borne à celle d'une représentation d'un produit pour lave-vaisselle ou pour lave-linge sous la forme d'une tablette dans laquelle plusieurs agents chimiques actifs sont regroupés de façon décorative et attrayante en deux couches colorées, rouge et blanche, et dont la couche rouge est assortie d'un noyau ovale bleu. Étant donné que le consommateur n'est pas habitué à reconnaître dans la forme et les couleurs du produit une indication de l'origine commerciale du produit [...], que la

présence des deux couches ainsi que l'ajout d'un noyau ovale dans une couleur différente font partie des solutions venant le plus naturellement à l'esprit lorsqu'il s'agit de la présentation d'un produit pour lave-vaisselle ou lave-linge sous forme de tablette [...] et que, s'agissant de couleurs basiques habituellement utilisées dans le secteur concerné, les couleurs choisies ne sont pas de nature à attirer l'attention des consommateurs [...], l'impression d'ensemble produite par le signe ne signalera pas au public ciblé que la présentation concrète du produit est révélatrice de son origine commerciale. Dès lors, la marque demandée ne permet pas à un consommateur moyen desdits produits, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, sans procéder à une analyse ou à une comparaison et sans faire preuve d'une attention particulière, de distinguer le produit concerné de ceux d'autres entreprises [...]».

44 Il apparaît, dès lors, d'une part, que le Tribunal a fondé son appréciation du caractère distinctif de la marque demandée sur l'impression d'ensemble qui se dégage de la forme et de l'agencement des couleurs de cette marque et, d'autre part, qu'il a établi que cette dernière ne permet pas de distinguer le produit de ceux des concurrents du secteur en question.

45 Par conséquent, en jugeant que la marque demandée était dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit au regard de cette disposition et de la jurisprudence pertinente de la Cour.

46 Dès lors, il y a lieu d'écarter ce grief comme non fondé.

47 En second lieu, quant au grief relatif à l'application concrète par le Tribunal des critères découlant de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 et de la jurisprudence citée, il convient de relever qu'elle comporte des appréciations de nature factuelle.

48 En particulier, l'établissement de l'existence ou l'absence d'une divergence significative, au sens du point 37 du présent arrêt, relève d'une appréciation de fait.

49 Or, le Tribunal est seul compétent, d'une part, pour constater les faits, sauf dans les cas où l'inexactitude matérielle de ses constatations résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises, et, d'autre part, pour apprécier ces faits. L'appréciation des faits ne constitue donc pas, sous réserve du cas de la dénaturation des éléments qui lui ont été présentés, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi (voir, en ce sens, arrêts du 19 septembre 2002, DKV/OHMI, C-104/00 P, Rec. p. I-7561, point 22, ainsi que du 29 avril 2004, Henkel/OHMI, C-456/01 P et C-457/01 P, Rec. p. I-5089, point 41).

50 À cet égard, il y a lieu de relever que la dénaturation par le Tribunal des faits ou des éléments de preuve n'a été alléguée par Henkel, pour la première fois, qu'au stade de la réplique. Par conséquent, eu égard à l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118 du même règlement, la dénaturation des faits ne saurait constituer, dans la présente affaire, un moyen recevable.

51 Il convient d'ajouter que les constatations relatives aux caractéristiques du public pertinent et à l'attention, à la perception ou à l'attitude des consommateurs dans l'arrêt attaqué relèvent également du domaine des appréciations factuelles.

52 Dans ces conditions, le grief selon lequel le Tribunal aurait apprécié erronément en fait des exigences relatives au caractère distinctif de la marque demandée doit être considéré comme irrecevable.

53 Enfin, Henkel reproche au Tribunal de ne pas s'être prononcé sur la question de savoir si, pour apprécier le caractère distinctif, il convient de se placer à la date de dépôt de la demande d'enregistrement de la marque ou à celle de la décision judiciaire. Henkel aurait constamment attiré l'attention sur le fait qu'elle a été la première à présenter et à commercialiser des tablettes de produit de lavage sous la forme litigieuse. À la date de la demande d'enregistrement, le public n'aurait pas eu la moindre difficulté à associer le produit concret «tablette de produit de lavage pour la vaisselle et le linge» à Henkel en tant que producteur.

54 Il y a lieu de relever que le Tribunal a répondu à ce grief aux points 41 et 42 de l'arrêt attaqué en énonçant que l'inaptitude de la marque demandée à indiquer, a priori et indépendamment de son usage au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement nº 40/94, l'origine du produit n'est pas remise en cause par le nombre plus ou moins grand de tablettes similaires déjà commercialisées sur le marché et que, dans de telles circonstances, il n'y a pas lieu de se prononcer sur la question du moment pertinent pour l'appréciation du caractère distinctif de la marque concernée.

55 Il convient de constater que Henkel n'étaye son grief par aucune argumentation circonstanciée qui démontrerait que le Tribunal a statué erronément sur cette question. Par conséquent, ce grief doit être rejeté.

56 Dès lors, le moyen de Henkel étant en partie non fondé et en partie irrecevable, il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Sur les dépens

57 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 Henkel et celle-ci ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

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

1) Le pourvoi est rejeté.

2) Henkel KGaA est condamnée aux dépens.

Signatures