

ARRÊT DU TRIBUNAL (quatrième chambre)
12 décembre 2002 *

Dans l'affaire T-247/01,

eCopy, Inc, établie à Nashua, New Hampshire (États-Unis), représentée par
M. B. Reid, barrister,

partie requérante,

contre

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

partie défenderesse,

* Langue de procédure: l'anglais.

ayant pour objet un recours formé contre la décision de la première chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) du 13 juillet 2001 (affaire R 47/2001-1), concernant l'enregistrement du vocable ECOPY comme marque communautaire,

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

composé de M. M. Vilaras, président, M^{me} V. Tiili et M. P. Mengozzi, juges,
greffier: M. J. Plingers, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 11 septembre 2002,

rend le présent

Arrêt

Cadre juridique

- 1 Les articles 7, 8, 9, 26 et 27 du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1), tel que modifié, sont ainsi rédigés:

«Article 7

Motifs absolus de refus

1. Sont refusés à l'enregistrement:

[...]

- b) les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif;
- c) 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;

[...]

3. Le paragraphe 1[, sous] b), c) et d) n'est pas applicable si la marque a acquis pour les produits ou services pour lesquels est demandé l'enregistrement un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait.

Article 8

Motifs relatifs de refus

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

- a) lorsqu'elle est identique à la marque antérieure et que les produits ou les services pour lesquels la marque a été demandée sont identiques à ceux pour lesquels la marque antérieure est protégée;
- b) lorsqu'en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque antérieure et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services que les deux marques désignent, il existe un risque de confusion dans l'esprit du public du territoire dans lequel la marque antérieure est protégée; [...]

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

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

[...]

b) les demandes de marques visées [sous] a), sous réserve de leur enregistrement;

[...]

5. Sur opposition du titulaire d'une marque antérieure au sens du paragraphe 2, la marque demandée est également refusée à l'enregistrement si elle est identique ou similaire à la marque antérieure et si elle est destinée à être enregistrée pour des produits ou des services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels la marque antérieure est enregistrée, lorsque, dans le cas d'une marque communautaire antérieure, elle jouit d'une renommée dans la Communauté et, dans le cas d'une marque nationale antérieure, elle jouit d'une renommée dans l'État membre concerné et que l'usage sans juste motif de la marque demandée tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque antérieure ou qu'il leur porterait préjudice.

[...]

Article 9

Droit conféré par la marque communautaire

[...]

3. Le droit conféré par la marque communautaire n'est opposable aux tiers qu'à compter de la publication de l'enregistrement de la marque. Toutefois, une indemnité raisonnable peut être exigée pour des faits postérieurs à la publication d'une demande de marque communautaire qui, après la publication de l'enregistrement de la marque, seraient interdits en vertu de celle-ci. Le tribunal saisi ne peut statuer au fond tant que l'enregistrement n'a pas été publié.

[...]

Article 26

Conditions auxquelles la demande doit satisfaire

1. La demande de marque communautaire doit contenir:

- a) une requête en enregistrement d'une marque communautaire;
- b) les indications qui permettent d'identifier le demandeur;
- c) la liste des produits ou des services pour lesquels l'enregistrement est demandé;

d) la reproduction de la marque.

[...]

Article 27

Date de dépôt

La date de dépôt de la demande de marque communautaire est celle à laquelle le demandeur a produit à l'Office [...] des documents qui contiennent les éléments visés à l'article 26 paragraphe 1, sous réserve du paiement de la taxe de dépôt dans un délai d'un mois à compter de la production des documents susvisés.»

Antécédents du litige

- 2 Le 21 juin 2000, la requérante, agissant sous son nom antérieur, à savoir Simplify Development Corporation, a présenté une demande de marque verbale communautaire (demande de marque n° 1718667) à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) en vertu du règlement n° 40/94.
- 3 La marque dont l'enregistrement est demandé est le vocable ECOPY.

- 4 Les produits pour lesquels l'enregistrement de la marque est demandé relèvent de la classe 9 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 à la description suivante:

«Logiciels (sous forme de disques) et appareils connexes pour permettre le scannage et la diffusion électronique de documents sur des réseaux informatiques».

- 5 Par décision du 10 novembre 2000, l'examineur a rejeté la demande au titre de l'article 38 du règlement n° 40/94, au motif que la marque demandée était descriptive pour les produits concernés et dépourvue de tout caractère distinctif, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b) et c), du règlement n° 40/94.
- 6 Le 8 janvier 2001, la requérante a formé un recours auprès de l'OHMI, au titre de l'article 59 du règlement n° 40/94, contre la décision de l'examineur. Dans ce recours, la requérante a demandé, pour la première fois, le bénéfice de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 et a présenté certaines preuves à cet égard.
- 7 Par décision du 13 juillet 2001, qui a été notifiée à la requérante le 18 juillet suivant, la première chambre de recours a rejeté le recours (ci-après la «décision attaquée»). En substance, la chambre de recours a considéré que le vocable ECOPY signifie «copie électronique» et, partant, désigne l'espèce et la destination des produits visés dans la demande de marque. Dès lors, la chambre de recours a estimé que la marque demandée tombe sous le coup de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 40/94. De plus, elle a considéré que la marque demandée est dépourvue de tout caractère distinctif intrinsèque au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Enfin, la chambre de recours a estimé que la marque demandée ne pouvait pas non plus être enregistrée en

application de l'article 7, paragraphe 3, du même règlement. À cet égard, d'une part, elle a considéré que certains des éléments de preuve produits par la requérante étaient intrinsèquement insuffisants pour démontrer que la marque demandée avait acquis un caractère distinctif par l'usage. D'autre part, elle s'est fondée sur le fait que d'autres éléments de preuve présentés par la requérante ne pouvaient pas être pris en considération, étant donné qu'ils se réfèrent à une période postérieure au dépôt de la demande.

Procédure et conclusions des parties

- 8 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 26 septembre 2001, et régularisée les 26 octobre, 29 novembre, 5, 7 et 20 décembre 2001, la requérante a introduit le présent recours. L'OHMI a déposé son mémoire en réponse au greffe du Tribunal le 30 janvier 2002.
- 9 La requérante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:
 - annuler la décision attaquée;
 - ordonner à l'OHMI de faire droit à la demande de marque n° 1718667 ou, à titre subsidiaire, de poursuivre l'examen de cette demande de marque conformément à l'arrêt du Tribunal;
 - condamner l'OHMI aux dépens.

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

— rejeter le recours;

— condamner la requérante aux dépens.

Sur la recevabilité du deuxième chef de conclusions de la requérante

Arguments des parties

- 11 L'OHMI considère que ce chef de conclusions est irrecevable. Il affirme qu'il n'appartient pas au Tribunal d'adresser des injonctions à l'OHMI, étant donné que ce dernier est tenu, en vertu de l'article 63, paragraphe 6, du règlement n° 40/94, de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du juge communautaire.
- 12 La requérante, sans toutefois retirer formellement ce chef de conclusions, a admis, lors de l'audience, qu'il n'appartenait pas au Tribunal d'adresser des injonctions à l'OHMI.

Appréciation du Tribunal

- 13 En vertu de l'article 63, paragraphe 6, du règlement n° 40/94, l'OHMI est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du juge communautaire. À cet égard, ainsi que l'OHMI le relève à juste titre, il ressort de la jurisprudence qu'il n'appartient pas au Tribunal d'adresser des injonctions à l'OHMI [arrêts du Tribunal du 8 juillet 1999, Procter & Gamble/OHMI (BABY-DRY), T-163/98, Rec. p. II-2383, point 53, et du 31 janvier 2001, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld/OHMI (Giroform), T-331/99, Rec. p. II-433, point 33].
- 14 Par conséquent, le deuxième chef de conclusions de la requérante doit être rejeté comme irrecevable.

Sur le fond

Observations liminaires

- 15 Il convient de rappeler, à titre liminaire, que, aux termes de l'article 19 du statut (CE) de la Cour, applicable à la procédure devant le Tribunal en vertu de son article 46, et aux termes des articles 44, paragraphe 1, sous c), et 130, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal, toute requête doit contenir un exposé sommaire des moyens invoqués. Cet exposé doit être suffisamment clair et précis pour permettre à la partie défenderesse de préparer sa défense et au Tribunal de statuer sur le recours, le cas échéant, sans autres informations à l'appui. Afin de garantir la sécurité juridique et une bonne

administration de la justice, les éléments essentiels sur lesquels se fonde le recours doivent ressortir, à tout le moins sommairement, mais d'une façon cohérente et compréhensible, du texte de la requête elle-même (arrêts du Tribunal du 14 mai 1998, Enso Española/Commission, T-348/94, Rec. p. II-1875, point 143, et du 28 mars 2000, T. Port/Commission, T-251/97, Rec. p. II-1775, point 91). À cet égard, la requête doit expliciter en quoi consiste le moyen sur lequel le recours est basé, de sorte que sa seule énonciation abstraite ne répond pas aux exigences du règlement de procédure (arrêt T. Port/Commission, précité, point 90, et arrêt du Tribunal du 5 juillet 2000, Samper/Parlement, T-111/99, RecFP p. I-A-135 et II-611, point 27).

- 16 En l'espèce, la décision attaquée est basée sur l'article 7, paragraphe 1, sous b) et c), et 3, du règlement n° 40/94. Dans sa requête, la requérante soulève deux moyens tirés, premièrement, d'un détournement de pouvoir en ce que la chambre de recours aurait méconnu l'objet du litige porté devant elle en examinant le caractère enregistrable du vocable E-COPY et non du vocable ECOPY et, deuxièmement, d'une violation de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94. En revanche, dans sa requête, la requérante ne critique pas la décision attaquée en ce qui concerne la manière dont la chambre de recours a interprété et appliqué les dispositions de l'article 7, paragraphe 1, sous b) et c), susvisé, mais elle se limite à affirmer, dans le cadre du premier moyen et de manière générale et abstraite, que la chambre de recours a violé le règlement n° 40/94, «étant donné que des marques auxquelles l'article 7 ne s'oppose pas doivent être enregistrées» (point 13 de la requête). Ce n'est que lors de l'audience que la requérante a, pour la première fois, exposé les raisons pour lesquelles, selon elle, la chambre de recours a commis une erreur de droit en rejetant la demande de marque au titre de l'article 7, paragraphe 1, sous b) et c), du règlement n° 40/94.
- 17 Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que la requérante n'a pas valablement soulevé un moyen tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b) et c), du règlement n° 40/94. Les explications fournies à cet égard par la requérante lors de l'audience ne sauraient être prises en considération.

Sur le premier moyen, tiré d'un détournement de pouvoir

Arguments des parties

- 18 La requérante expose que la chambre de recours a, à tort, examiné le caractère enregistrable du vocable E-COPY, alors que la marque demandée était le vocable ECOPY.
- 19 À cet égard, elle soutient que l'absence de tiret entre la lettre «E» et le mot «COPY» constitue une différence fondamentale entre ces deux vocables. Ainsi, le «E» dans le vocable ECOPY est prononcé comme une voyelle brève et non comme une voyelle longue. De plus, la requérante affirme qu'il n'a pas été démontré que les consommateurs, tout en étant familiarisés avec des vocables courants tels que «E-Mail» ou «E-Shopping», le seront également avec les mots correspondants écrits sans tiret. En outre, pour les consommateurs non familiarisés avec la langue anglaise, il ne sera pas possible, sur la base de la présentation visuelle de la marque demandée, de découvrir une signification du vocable ECOPY.
- 20 Dès lors, selon la requérante, la chambre de recours a méconnu l'objet du litige et, partant, la décision attaquée procède d'un détournement de pouvoir.
- 21 L'OHMI rétorque que, contrairement aux allégations de la requérante, la chambre de recours a examiné le caractère enregistrable du vocable ECOPY. À cet égard, l'OHMI souligne que le fait que la chambre de recours s'est également référée à la définition du mot «e-copy» donnée sur une page du site Internet de l'IROI (Institute of RF & OE-ICS of Southeast University), dont l'adresse est

«<http://iroi.seu.edu.cn/books/whatis/ecopy.htm>», ne démontre pas une confusion à l'égard de la marque demandée. Dans ce contexte, l'OHMI rappelle que, au point 12 de la décision attaquée, la chambre de recours a constaté que le vocable ECOPY, en tant que tel, n'apparaît pas dans les dictionnaires et qu'il constitue un mot prononçable. Or, de l'avis de l'OHMI, il en ressort que la chambre de recours a bien examiné le vocable ECOPY, consistant en la fusion de deux éléments, et non le vocable E-COPY.

Appréciation du Tribunal

- 22 Il convient de rappeler que la notion de détournement de pouvoir a une portée précise en droit communautaire et qu'elle vise la situation dans laquelle une autorité administrative use de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés. Il est, à cet égard, de jurisprudence constante qu'une décision n'est entachée de détournement de pouvoir que si elle apparaît, sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants, avoir été prise pour atteindre des fins autres que celles excipées [arrêts du Tribunal du 24 avril 1996, *Industrias Pesqueras Campos e.a./Commission*, T- 551/93 et T-231/94 à T-234/94, Rec. p. II-247, point 168, et du 12 janvier 2000, *DKV/OHMI (COMPANYLINE)*, T-19/99, Rec. p. II-1, point 33].
- 23 Or, en l'espèce, la requérante n'a pas établi, ni même allégué, l'existence de tels indices. Plus particulièrement, à supposer même que la chambre de recours, ainsi que le prétend la requérante, ait méconnu l'objet du litige porté devant elle en examinant le caractère enregistrable du vocable E-COPY et non du vocable ECOPY, cette circonstance ne constituerait pas un indice faisant apparaître que la décision a été prise dans le but exclusif, ou à tout le moins déterminant, d'atteindre des fins autres que celles excipées.

- 24 En outre, force est de constater qu'il ressort de la décision attaquée que la chambre de recours a bien examiné le caractère enregistrable du vocable ECOPY et non celui du vocable E-COPY et que, partant, elle n'a pas méconnu l'objet du litige porté devant elle.
- 25 Dès lors, il y a lieu de rejeter le premier moyen.

Sur le second moyen, tiré d'une violation de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94

Arguments des parties

- 26 La requérante soutient que la chambre de recours a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte, aux fins de l'application de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, des preuves démontrant un usage de la marque demandée postérieur au dépôt de la demande. À cet égard, la requérante expose que les instructions internes de l'OHMI sont dépourvues de pertinence.
- 27 En outre, elle rappelle que l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 prévoit que les droits conférés par la marque ne sont opposables aux tiers qu'à partir de la publication de l'enregistrement. Or, selon la requérante, il découle de cette disposition que, aux fins de l'appréciation du caractère enregistrable d'une marque sur la base de l'article 7, paragraphe 3, du même règlement, les preuves doivent être prises en considération jusqu'au moment de l'enregistrement.

- 28 Par conséquent, selon la requérante, la chambre de recours devait tenir compte des preuves fournies concernant la période précédant la date d'adoption de sa propre décision, à savoir le 13 juillet 2001, ou, à tout le moins, de celles concernant la période précédant la date de la décision de rejet prise par l'examineur, à savoir le 10 novembre 2000.
- 29 Enfin, la requérante soumet au Tribunal, en annexes 4 à 7 de la requête, certains documents par lesquels elle entend démontrer que la marque demandée a acquis, par l'usage qui en a été fait, un caractère distinctif.
- 30 L'OHMI soutient que l'enregistrement d'une marque en vertu de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 présuppose que cette marque a acquis un caractère distinctif par l'usage au moment du dépôt de la demande et qu'elle a conservé ce caractère jusqu'au moment de l'enregistrement.
- 31 À cet égard, l'OHMI rappelle que la date de dépôt détermine la priorité d'une marque par rapport à une autre. Ainsi, si une marque, n'ayant acquis un caractère distinctif par l'usage que postérieurement au dépôt de la demande, était néanmoins enregistrée, une telle marque pourrait servir de base à l'application, dans le cadre d'une procédure d'opposition ou d'annulation, d'un motif relatif de refus à l'égard d'une autre marque dont la date de dépôt est postérieure à celle de la première marque. Or, une telle situation pourrait se produire même si, à la date de dépôt de la deuxième marque, la première marque n'a pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage.
- 32 Quant à l'argument de la requérante tiré de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, l'OHMI expose que, contrairement à ce que prétend la requérante, des droits conférés par la marque peuvent avoir des effets avant l'enregistrement de celle-ci. Ainsi, selon cette disposition, une indemnité raisonnable peut être exigée pour des faits postérieurs à la publication de la demande de marque.

- 33 Enfin, l'OHMI soutient que, sauf circonstances exceptionnelles, des preuves ne peuvent pas être présentées pour la première fois devant le Tribunal, la fonction d'un recours devant celui-ci consistant en un contrôle de la légalité des décisions des chambres de recours. Or, en l'espèce, selon l'OHMI, la requérante n'a pas fait état de circonstances exceptionnelles.

Appréciation du Tribunal

- 34 À titre liminaire, il convient de relever que, dans le cadre du présent moyen, la requérante ne critique la décision attaquée que pour autant que la chambre de recours a écarté les éléments de preuve concernant l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage durant une période postérieure au dépôt de la demande. La requérante ne critique pas la décision attaquée en ce que cette dernière a constaté l'insuffisance intrinsèque de certains éléments de preuve afférents à la période antérieure à la date de dépôt de la demande de marque. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner le bien-fondé de la décision attaquée concernant ce point.
- 35 En revanche, il y a lieu d'examiner si, comme le soutient la requérante, la chambre de recours a commis une erreur de droit en écartant d'autres éléments de preuve, au motif qu'ils se réfèrent à une période postérieure au dépôt de la demande.
- 36 À cet égard, l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 doit être interprété en ce sens que le caractère distinctif d'une marque doit avoir été acquis par un usage antérieur au dépôt de la demande. Par conséquent, est dépourvue de pertinence la circonstance qu'une marque a acquis un caractère distinctif par un usage postérieur à la date de dépôt de la demande de marque et antérieur au

moment où l'OHMI, à savoir l'examineur ou, le cas échéant, la chambre de recours, statue sur la question de savoir si des motifs absolus de refus s'opposent à l'enregistrement de cette marque. Il s'ensuit que tout élément de preuve se rapportant à l'usage postérieur à la date de dépôt ne saurait être pris en considération par l'OHMI.

- 37 En effet, premièrement, cette interprétation est la seule compatible avec la cohérence du système des motifs absolus et relatifs de refus en matière d'enregistrement de la marque communautaire. Ainsi qu'il ressort de l'article 8, paragraphe 2, sous a) et b), du règlement n° 40/94, la date de dépôt de la demande, telle que définie à l'article 26 du même règlement, détermine la priorité d'une marque par rapport à une autre. À cet égard, il convient de relever que, si une marque n'ayant acquis un caractère distinctif par l'usage que postérieurement au dépôt de la demande était néanmoins enregistrée, elle pourrait servir de base à l'application, dans le cadre d'une opposition ou d'une demande en nullité, d'un motif relatif de refus à l'encontre d'une autre marque dont la date de dépôt est postérieure à celle de la première marque. Une telle situation pourrait se produire même si, à la date de dépôt de la deuxième marque ayant déjà un caractère distinctif à cette date, la première marque n'a pas encore acquis un caractère distinctif par l'usage et ne remplit donc pas les conditions pour être enregistrée. Or, un tel résultat ne saurait être accepté.
- 38 Deuxièmement, le libellé de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, aux termes duquel le paragraphe 1, sous b), c) et d), dudit article n'est pas applicable si la marque «a acquis» pour les produits ou les services pour lesquels «est demandé» l'enregistrement un caractère distinctif après l'usage «qui en a été fait», plaide en faveur de la même interprétation.
- 39 Troisièmement, l'interprétation retenue permet d'éviter que la probabilité d'une prise en compte du caractère distinctif d'une marque acquis par l'usage augmente en fonction de la durée de la procédure d'enregistrement.

- 40 Cette interprétation ne saurait être mise en cause par l'argument de la requérante tiré de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 40/94.
- 41 À cet égard, il convient de relever, d'abord, que l'argumentation de la requérante est contradictoire en elle-même. En effet, au point 16 de la requête, elle prétend qu'il découle de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 que, aux fins de l'appréciation du caractère enregistrable d'une marque, des preuves doivent être prises en considération jusqu'au moment de l'enregistrement de celle-ci. En revanche, au point 18 de la requête, elle soutient que le moment pertinent est celui où l'OHMI (à savoir l'examineur ou, le cas échéant, la chambre de recours) statue sur la question de savoir si des motifs absolus de refus s'opposent à l'enregistrement de la marque. Or, il est évident qu'il s'agit de deux moments différents. En effet, une fois que l'OHMI a estimé qu'aucun motif absolu de refus ne s'oppose à l'enregistrement de la marque demandée, la demande de marque est publiée, conformément aux articles 38, paragraphe 1, et 40, paragraphe 1, du règlement n° 40/94. En vertu de l'article 45 du même règlement, la marque ne peut être enregistrée qu'après l'expiration du délai d'opposition de trois mois à compter de la publication de la demande (article 42, paragraphe 1, du même règlement) ou, le cas échéant, après le rejet de l'opposition.
- 42 Ensuite, ainsi que l'OHMI le fait observer à juste titre, contrairement à ce que prétend la requérante, le droit conféré par la marque communautaire peut entraîner des conséquences à l'égard de certaines situations antérieures à l'enregistrement de cette marque. En effet, il ressort de la deuxième phrase de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 qu'une indemnité raisonnable peut, sous certaines conditions, être exigée pour des faits postérieurs à la publication de la demande.
- 43 Quant à l'argument de la requérante relatif aux instructions internes de l'OHMI, le Tribunal constate que celle-ci n'a pas été en mesure, lors de l'audience,

d'indiquer le texte précis auquel elle se réfère. Par ailleurs, à supposer que la requérante se réfère aux «Directives d'examen», adoptées par le président de l'OHMI (décision EX-96-2, du 26 mars 1996, JO OHMI 9/96, p. 1347), force est de constater que celles-ci ne contiennent aucune disposition concernant le moment pertinent pour apprécier le caractère enregistrable d'une marque. En tout état de cause, en l'espèce, cet argument est inopérant dès lors que, ainsi qu'il vient d'être exposé ci-dessus, la position de l'OHMI se révèle correcte au regard d'une interprétation systématique et téléologique des dispositions pertinentes du règlement n° 40/94, indépendamment du fait qu'il existe ou non des dispositions contraires dans les instructions internes de l'OHMI.

- 44 Il résulte des considérations qui précèdent que la chambre de recours n'a pas commis d'erreur de droit en rejetant les éléments de preuve présentés par la requérante et tendant à démontrer que la marque demandée a acquis un caractère distinctif par l'usage durant une période postérieure au dépôt de la demande.
- 45 La requérante a joint à sa requête certaines pièces (annexes 4 à 7 de la requête) qu'elle n'avait pas produites durant la procédure devant la chambre de recours et par lesquelles elle entend démontrer que la marque demandée a acquis un caractère distinctif par l'usage. Avant d'examiner la force probatoire de ces éléments de preuve et, plus particulièrement, la question de savoir s'ils se réfèrent à une période antérieure au dépôt de la demande, il y a lieu d'examiner si ces éléments de preuve peuvent être pris en considération par le Tribunal.
- 46 À cet égard, il convient de considérer, d'abord, qu'il ressort d'une lecture combinée des paragraphes 2 et 3 de l'article 63 du règlement n° 40/94, que l'annulation aussi bien que la réformation d'une décision des chambres de recours n'est possible que si celle-ci est entachée d'une illégalité de fond ou de forme. Ensuite, en vertu d'une jurisprudence constante, la légalité d'un acte communautaire doit être apprécié en fonction des éléments de fait et de droit existant à la date où l'acte a été adopté (arrêts du Tribunal du 6 octobre 1999, Salomon/

Commission, T-123/97, Rec. p. II-2925, point 48, et du 14 mai 2002, Graphischer Maschinenbau/Commission, T-126/99, Rec. p. II-2427, point 33). Dès lors, la légalité d'une décision de la chambre de recours ne saurait être mise en cause par l'invocation de nouveaux faits devant le Tribunal que s'il était démontré que la chambre de recours devait, d'office, prendre en compte ces faits lors de la procédure administrative avant d'adopter toute décision en l'espèce.

47 À cet égard, premièrement, il convient de relever que, en ce qui concerne l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, il n'existe, certes, pas de règle disposant que l'examen, par l'OHMI (à savoir par l'examineur ou, le cas échéant, par la chambre de recours), est limité aux faits invoqués par les parties, contrairement à ce que prévoit l'article 74, paragraphe 1, in fine, du même règlement concernant les motifs relatifs de refus. Néanmoins, en l'absence d'une allégation du demandeur de marque relative au caractère distinctif de celle-ci acquis par l'usage, l'OHMI se trouve dans l'impossibilité matérielle de tenir compte du fait que la marque demandée a acquis un tel caractère. Dès lors, il y a lieu de considérer que, en vertu du principe *ultra posse nemo obligatur* (à l'impossible nul n'est obligé) et nonobstant la règle consacrée à l'article 74, paragraphe 1, première phrase, du règlement n° 40/94, selon laquelle l'OHMI «procède à l'examen d'office des faits», celui-ci n'est tenu d'examiner des faits susceptibles de conférer à la marque demandée un caractère distinctif acquis par l'usage, au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, que si le demandeur les a invoqués.

48 Deuxièmement, l'OHMI n'est obligé de tenir compte d'un élément de preuve visant à démontrer que la marque demandée a acquis un caractère distinctif par l'usage que si le demandeur de marque l'a produit durant la procédure administrative devant l'OHMI. En effet, eu égard aux considérations exposées au point précédent, il n'existe pas de différence substantielle entre, d'une part, l'invocation du fait que la marque demandée a acquis un caractère distinctif par l'usage et, d'autre part, la production de preuves à l'appui d'une telle allégation.

Par ailleurs, l'article 74, paragraphe 2, du règlement n° 40/94 traite ces deux aspects de la même manière, en ce qu'il dispose que l'OHMI peut ne pas tenir compte «des faits que les parties n'ont pas invoqués ou des preuves qu'elles n'ont pas produites en temps utile».

49 Dans ces conditions, la décision attaquée n'est entachée d'aucune illégalité et, dès lors, ne saurait être annulée ou réformée en vertu de l'article 63, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 40/94. Par conséquent, il convient d'écarter les nouvelles preuves produites par la requérante pour la première fois devant le Tribunal, sans qu'il soit nécessaire d'examiner leur force probatoire.

50 Compte tenu de ce qui précède, il convient de rejeter également le second moyen.

51 Il s'ensuit que le recours doit être rejeté.

Sur les dépens

52 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 exposés par l'OHMI, conformément aux conclusions de ce dernier.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (quatrième chambre)

déclare et arrête:

- 1) **Le recours est rejeté.**

- 2) **La requérante est condamnée aux dépens.**

Vilaras

Tiili

Mengozzi

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 12 décembre 2002.

Le greffier

H. Jung

Le président

M. Vilaras