

ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

22 juin 2006 *

Dans l'affaire C-25/05 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice,
introduit le 24 janvier 2005,

August Storck KG, établie à Berlin (Allemagne), représentée par M^{es} I. Rohr,
H. Wrage-Molkenthin et T. Reher, Rechtsanwälte,

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 (première chambre),

composée de M. P. Jann, président de chambre, M^{me} N. Colneric, MM. J. N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič (rapporteur) et E. Levits, 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 16 février 2006,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 23 mars 2006,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par son pourvoi, August Storck KG demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes (quatrième chambre) du 10 novembre 2004, Storck/OHMI (Forme d'une papillote) (T-402/02, non encore publié au Recueil, 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 18 octobre 2002 (affaire R 256/2001-2) (ci-après la «décision litigieuse»), refusant l'enregistrement d'une marque figurative représentant un emballage de bonbon à tortillons (forme de papillote) de couleur dorée.

Le cadre juridique

- ² Le règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1), dispose, à son article 7, intitulé «Motifs absolus de refus»:

«1. Sont refusés à l'enregistrement:

[...]

b) les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif;

[...]

2. Le paragraphe 1 est applicable même si les motifs de refus n'existent que dans une partie de la Communauté.

3. Le paragraphe 1 points 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.»

3 L'article 73 du règlement n° 40/94, intitulé «Motivation des décisions», dispose:

«Les décisions de l'[OHMI] sont motivées. Elles ne peuvent être fondées que sur des motifs sur lesquels les parties ont pu prendre position.»

4 L'article 74 du règlement n° 40/94, intitulé «Examen d'office des faits», précise, à son paragraphe 1:

«Au cours de la procédure, l'[OHMI] procède à l'examen d'office des faits; toutefois, dans une procédure concernant des motifs relatifs de refus d'enregistrement, l'examen est limité aux moyens invoqués et aux demandes présentées par les parties.»

Les antécédents du litige

5 Le 30 mars 1998, la requérante a présenté à l'OHMI, en vertu du règlement n° 40/94, une demande d'enregistrement en tant que marque communautaire d'une marque figurative correspondant à la représentation bidimensionnelle, en

perspective, d'un bonbon emballé dans un emballage à tortillons (forme de papillote) de couleur dorée, reproduite ci-après:



- 6 Les produits pour lesquels l'enregistrement de la marque a été demandé sont les «bonbons» et relèvent de la classe 30 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.
- 7 Par décision du 19 janvier 2001, l'examineur a rejeté la demande au motif que la marque demandée était dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 et qu'elle n'avait pas acquis un caractère distinctif par l'usage au sens du paragraphe 3 du même article.
- 8 Par la décision litigieuse, la deuxième chambre de recours de l'OHMI a confirmé la décision de l'examineur. S'agissant du caractère distinctif ab initio, elle a constaté, en particulier, que la couleur dorée apparaissant sur la représentation graphique de la marque demandée était d'utilisation habituelle et fréquente dans le commerce

pour des emballages de bonbons. Elle a également considéré que les éléments avancés par la requérante ne prouvaient pas que cette marque eût acquis un caractère distinctif pour les bonbons en général, et notamment pour les caramels, après l'usage qui en avait été fait.

La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

9 La requérante a introduit devant le Tribunal un recours fondé sur quatre moyens, aux fins de l'annulation de la décision litigieuse.

10 Sur le premier moyen, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, le Tribunal a jugé, aux points 55 à 62 de l'arrêt attaqué, que la chambre de recours avait conclu à juste titre que la marque demandée était dépourvue de caractère distinctif, au sens de cette disposition, pour les motifs suivants:

«55 Force est de constater que la chambre de recours n'a commis aucune erreur de droit en considérant que 'la configuration de la marque en cause (emballage à tortillons, couleur marron clair ou dorée) ne tranch[ait] pas fondamentalement sur les autres présentations habituelles dans le commerce' (point 14 de la décision [litigieuse]).

56 En effet, c'est à juste titre que la chambre de recours, au point 15 de la décision [litigieuse], a constaté que la forme de l'emballage litigieux était 'une forme d'emballage de bonbons normale et traditionnelle' et que l'on trouvait 'un grand

nombre de bonbons ainsi emballés sur le marché’. Il en va de même de la couleur de l’emballage en question, à savoir le marron clair (caramel), ou, ainsi qu’il ressort de la représentation graphique de la marque demandée, le doré ou le ton de doré. Ces couleurs n’ont rien d’inhabituel en elles-mêmes, et il n’est pas rare non plus de les voir utilisées pour des emballages de bonbons, comme la chambre de recours l’a pertinemment relevé au point 16 de la décision [litigieuse]. Ainsi, c’est à bon droit que la chambre de recours a considéré, au point 18 de la décision [litigieuse], que, en l’espèce, le consommateur moyen percevrait la marque non pas comme étant, en soi, une indication de l’origine commerciale du produit, mais comme un emballage de bonbon, ni plus ni moins [...]

- 57 Dès lors, les caractéristiques de la combinaison de forme et de couleur de la marque demandée ne sont pas suffisamment éloignées de celles des formes de base utilisées fréquemment pour l’emballage de bonbons ou de caramels et, partant, elles ne sont pas de nature à être mémorisées par le public pertinent en tant qu’indicateurs d’origine commerciale. En effet, l’emballage à tortillons (forme de papillote), dans sa couleur marron clair ou dorée, ne se différencie pas substantiellement des emballages des produits en question (bonbons, caramels), qui sont communément utilisés dans le commerce, venant ainsi naturellement à l’esprit comme une forme d’emballage typique desdits produits.

[...]

- 60 [...] c’est à bon droit que la chambre de recours a évoqué, aux points 19 et 20 de la décision [litigieuse], le risque de monopolisation de l’emballage en question pour les bonbons, dès lors que cette analyse venait confirmer l’absence de caractère distinctif de cet emballage pour ces produits, conformément à l’intérêt

général sous-tendant le motif absolu de refus fondé sur l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

[...]

62 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la marque demandée ne peut, telle qu'elle est perçue par un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, permettre d'individualiser les produits concernés et de les distinguer de ceux ayant une autre origine commerciale. Partant, elle est dépourvue de caractère distinctif par rapport à ces produits.»

- 11 Sur le deuxième moyen, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, le Tribunal a jugé, aux points 82 à 89 de l'arrêt attaqué, que la requérante n'établissait pas que la marque demandée eût acquis, dans toute la Communauté, un caractère distinctif résultant de l'usage qui en avait été fait, au sens de cette disposition, notamment pour les motifs suivants:

«82 S'agissant, tout d'abord, des arguments de la requérante fondés sur les chiffres de vente des produits concernés dans la Communauté pour la période 1994-1998, c'est à bon droit que la chambre de recours a estimé qu'ils n'étaient pas, en l'espèce, de nature à démontrer que la marque demandée avait acquis un caractère distinctif à la suite de l'usage qui en avait été fait.

83 Au point 25 de la décision [litigieuse], la chambre de recours a considéré à suffisance de droit que les chiffres en question ne permettaient pas d'évaluer la

part du marché concerné détenue par la requérante au titre de la marque demandée. En effet, malgré les renseignements concernant le nombre d'unités et de tonnes de bonbons vendus dans l'emballage en cause résultant des données en question, 'une appréciation réaliste de [l]a force [de la requérante] sur le marché demeur[ait] impossible, à défaut de données sur le volume total du marché des produits à prendre en considération ou d'évaluations des ventes d'entreprises concurrentes, avec lesquelles les chiffres de la requérante [auraient pu] être mis en relation'. [...]

- 84 Ensuite, c'est également à bon droit que la chambre de recours a considéré que les frais de publicité engagés par la requérante soulevaient les mêmes problèmes que les chiffres de vente précités. Ainsi, au point 26 de la décision [litigieuse], la chambre de recours a pris soin de relever que les indications avancées par la requérante concernant les frais en question n'étaient guère utiles, dans la mesure où 'aucun élément ne permet[tait] de se faire une idée du volume publicitaire pour le marché des produits en cause'. [...] Partant, ce matériel publicitaire ne saurait constituer [...] la preuve de ce que le public pertinent perçoit ladite marque comme indiquant l'origine commerciale des produits concernés [...]
- 85 Par ailleurs, ainsi que l'a constaté la chambre de recours au même point de la décision [litigieuse], les frais en question étaient peu élevés 'dans bon nombre d'États membres de l'Union européenne', ajoutant 'que ces données [faisaient] même complètement défaut pour certains États membres'. En effet, pour aucune année de la période de référence (1994-1998), lesdits frais ne couvrent tous les États membres de l'Union européenne.
- 86 [...] il convient de considérer que le motif absolu de refus visé à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 existe, à l'égard de la marque demandée, dans toute la Communauté. C'est donc dans toute la Communauté que cette marque doit avoir acquis un caractère distinctif par l'usage, pour être enregistrable en vertu de l'article 7, paragraphe 3, du même règlement [...]

87 Dans ces conditions, les frais publicitaires susvisés ne sauraient, en tout état de cause, constituer la preuve de ce que, dans toute la Communauté et pour la période 1994-1998, le public pertinent, ou au moins une fraction significative de celui-ci, percevait la marque demandée comme indiquant l'origine commerciale des produits concernés.

[...]»

12 S'agissant du troisième moyen, tiré de la violation de l'article 74, paragraphe 1, première phrase, du règlement n° 40/94, le Tribunal a jugé que la chambre de recours n'avait pas violé cette disposition pour le motif suivant, figurant au point 58 de l'arrêt attaqué, auquel renvoie le point 95 du même arrêt:

«La référence, [dans] la décision [litigieuse], à la pratique habituelle dans le commerce des bonbons ou des caramels, sans que des exemples concrets de cette pratique aient été fournis, ne remet pas en cause l'appréciation de la chambre de recours sur l'absence de caractère distinctif intrinsèque de la marque demandée. En effet, en considérant que la combinaison de forme et de couleur de la marque demandée n'était pas inhabituelle dans le commerce, la chambre de recours a fondé son analyse, en substance, sur des faits résultant de l'expérience pratique généralement acquise de la commercialisation de produits de consommation générale, tels que les bonbons ou les caramels, lesquels faits sont susceptibles d'être connus de toute personne et sont, notamment, connus des consommateurs de ces produits [...]»

13 Enfin, sur le quatrième moyen, tiré de la violation de l'article 73 du règlement n° 40/94, le Tribunal a notamment jugé, aux points 103 à 105 de l'arrêt attaqué, qu'il ne pouvait être reproché à la chambre de recours d'avoir fondé sa décision sur des motifs sur lesquels la requérante n'avait pas pu prendre position, car l'examineur

avait déjà considéré, dans sa décision, que «[l]e chiffre d'affaires de la requérante ne permet[tait] pas d'inférer que le consommateur reconn[aissait] les bonbons à leur emballage et leur associ[ait] une seule entreprise» et que, «[à] défaut de chiffres comparatifs d'entreprises concurrentes ou de données sur le marché dans son ensemble, il [était] impossible d'apprécier les chiffres d'affaires».

Le pourvoi

- ¹⁴ Dans son pourvoi, au soutien duquel elle invoque quatre moyens, la requérante conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

- annuler l'arrêt attaqué;
- à titre principal, juger définitivement l'affaire en faisant droit aux conclusions formulées en première instance;
- à titre subsidiaire, renvoyer l'affaire devant le Tribunal;
- condamner l'OHMI aux dépens.

- ¹⁵ L'OHMI demande à la Cour de rejeter le pourvoi et de condamner la requérante aux dépens.

Sur le premier moyen

Argumentation des parties

- 16 Par son premier moyen, qui se divise en trois branches, la requérante fait valoir que le Tribunal a violé l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.
- 17 En premier lieu, au point 55 de l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait, à tort, subordonné la constatation du caractère distinctif de la marque demandée à la condition qu'elle se distingue fondamentalement des présentations d'emballages de bonbons habituelles dans le commerce et, partant, édicté des exigences plus strictes que ce qui est normalement requis pour reconnaître un tel caractère.
- 18 Le Tribunal aurait également exigé à tort que la marque demandée se distingue substantiellement des marques similaires qui existent éventuellement dans le secteur des confiseries.
- 19 Selon la requérante, la circonstance qu'une confusion avec des produits d'une autre provenance soit susceptible de se produire n'est pertinente que dans le cadre d'une opposition fondée sur le risque de confusion de la marque demandée avec une marque antérieure.
- 20 En deuxième lieu, le Tribunal aurait également commis une erreur de droit en se fondant, au point 60 de l'arrêt attaqué, sur le «risque de monopolisation de l'emballage en question pour les bonbons» pour motiver l'absence de caractère

distinctif de la marque demandée. Selon la requérante, il n'y a pas lieu de prendre en considération un éventuel impératif de disponibilité dans le cadre de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

- 21 En dernier lieu, la chambre de recours et le Tribunal auraient omis de rechercher si la marque demandée possède en elle-même, indépendamment des présentations d'emballages de bonbons similaires existant sur le marché, un minimum de caractère distinctif. Selon la requérante, si le Tribunal avait procédé à cette recherche, il aurait conclu que ladite marque n'est pas dépourvue de caractère distinctif.
- 22 L'OHMI répond, en premier lieu, que le Tribunal n'a nullement soumis la marque demandée à des critères plus stricts que ceux habituellement requis, mais a appliqué la jurisprudence constante selon laquelle il est nécessaire que la forme du produit dont l'enregistrement est demandé en tant que marque se distingue de façon significative de la norme ou des habitudes du secteur pertinent. Cette jurisprudence, développée pour les marques tridimensionnelles, devrait également s'appliquer lorsque, comme en l'espèce, la marque demandée est la représentation bidimensionnelle de la forme tridimensionnelle du produit concerné.
- 23 Il fait valoir, en deuxième lieu, que le Tribunal n'a pas justifié sa constatation du défaut de caractère distinctif de la marque demandée par l'existence d'un risque de monopolisation.
- 24 En dernier lieu, le grief selon lequel le Tribunal aurait dû conclure que la marque demandée présente un caractère distinctif viserait à remettre en cause son appréciation des faits et, partant, serait irrecevable dans le cadre d'un pourvoi.

Appréciation de la Cour

- ²⁵ S'agissant de la première branche du premier moyen, il résulte d'une jurisprudence constante que le caractère distinctif d'une marque, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, 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 qu'en a le public pertinent, qui est constitué par le consommateur moyen desdits produits ou services, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé (voir, notamment, arrêts du 29 avril 2004, *Henkel/OHMI*, C-456/01 P et C-457/01 P, Rec. p. I-5089, point 35, et du 12 janvier 2006, *Deutsche SiSi-Werke/OHMI*, C-173/04 P, non encore publié au Recueil, point 25).
- ²⁶ 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 (arrêts *Henkel/OHMI*, précité, point 38; du 7 octobre 2004, *Mag Instrument/OHMI*, C-136/02 P, Rec. p. I-9165, point 30, et *Deutsche SiSi-Werke/OHMI*, précité, point 27).
- ²⁷ Toutefois, dans le cadre de l'application de ces critères, la perception du public pertinent 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'aspect 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 s'agissant d'une telle marque tridimensionnelle que s'agissant d'une marque verbale ou figurative (voir, notamment, arrêts précités *Henkel/OHMI*, point 38; *Mag Instrument/OHMI*, point 30, et *Deutsche SiSi-Werke/OHMI*, point 28).

- 28 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 (voir, notamment, arrêts précités Henkel/OHMI, point 39; Mag Instrument/OHMI, point 31, et Deutsche SiSi-Werke/OHMI, point 31).
- 29 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.
- 30 Dès lors, le Tribunal a, à bon droit, pris en considération les formes et couleurs d'emballages de bonbons communément utilisées dans le commerce aux fins d'apprécier si la marque demandée est ou non dépourvue de caractère distinctif.
- 31 Le Tribunal a jugé, au point 55 de l'arrêt attaqué, que «la chambre de recours n'a commis aucune erreur de droit en considérant que 'la configuration de la marque en cause [...] ne tranche[ait] pas fondamentalement sur les autres présentations habituelles dans le commerce'» et, au point 57 du même arrêt, que l'emballage en cause «ne se différencie pas substantiellement» des emballages de bonbons et de caramels communément utilisés dans le commerce. Dans la mesure où l'exigence d'une différence fondamentale ou substantielle va plus loin que la simple divergence significative qui est requise en vertu de la jurisprudence citée au point 28 du présent arrêt, le Tribunal aurait commis une erreur de droit s'il avait subordonné la reconnaissance du caractère distinctif de la marque demandée au respect d'une telle exigence.

- 32 Tel n'est toutefois pas le cas. En effet, aux points 56 et 57 de l'arrêt attaqué, le Tribunal, faisant notamment siennes les appréciations factuelles de la chambre de recours, a considéré que la forme de l'emballage en cause est une forme d'emballage de bonbons normale et traditionnelle, qu'on trouve un grand nombre de bonbons ainsi emballés sur le marché, que la couleur dorée de l'emballage en cause n'est ni inhabituelle en elle-même ni rare pour les emballages de bonbons, que les caractéristiques de la combinaison de forme et de couleur de la marque demandée ne sont pas suffisamment éloignées de celles des formes de base utilisées fréquemment pour l'emballage de bonbons et que l'emballage en cause vient naturellement à l'esprit comme une forme d'emballage typique de ces produits.
- 33 Par ces constatations, le Tribunal a établi à suffisance de droit que la marque demandée ne diverge pas de manière significative de la norme ou des habitudes du secteur des confiseries. Dès lors, il n'a commis aucune erreur de droit en concluant que ladite marque est dépourvue de caractère distinctif.
- 34 Quant au grief de la requérante selon lequel le Tribunal aurait exigé que la marque demandée se distingue substantiellement des marques similaires qui existent éventuellement dans le secteur des confiseries, il repose sur une lecture erronée de l'arrêt attaqué, le Tribunal n'ayant nullement recherché si d'autres marques utilisées pour ce type de produits étaient identiques ou similaires à la marque demandée.
- 35 Il convient donc d'écarter la première branche du premier moyen comme étant non fondée.
- 36 S'agissant de la deuxième branche du premier moyen, il suffit de constater que le Tribunal n'a pas fondé sa conclusion que la marque demandée est dépourvue de caractère distinctif sur l'existence d'un risque de monopolisation de l'emballage de bonbons en cause. En effet, au point 60 de l'arrêt attaqué, le Tribunal s'est borné à

dire qu'un tel risque venait confirmer la constatation, effectuée aux points 53 à 57 du même arrêt, que la marque demandée est dépourvue de caractère distinctif.

- 37 Dès lors, cette branche doit être écartée comme non fondée.
- 38 Enfin, s'agissant de la dernière branche du premier moyen, d'une part, ainsi qu'il résulte du point 30 du présent arrêt, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en prenant en considération les présentations d'emballages de bonbons communément utilisées dans le commerce aux fins d'apprécier si la marque demandée est ou non dépourvue de caractère distinctif.
- 39 D'autre part, en tant qu'elle fait grief au Tribunal d'avoir conclu que la marque demandée est dépourvue de caractère distinctif, cette branche du premier moyen vise en réalité à obtenir de la Cour qu'elle substitue son appréciation des faits à celle du Tribunal.
- 40 En effet, les constatations effectuées par le Tribunal aux points 56 et 57 de l'arrêt attaqué et rappelées au point 32 du présent arrêt constituent des appréciations de nature factuelle. Or, conformément aux articles 225, paragraphe 1, CE et 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice, le pourvoi est limité aux questions de droit. Le Tribunal est dès lors seul compétent pour constater et apprécier les faits pertinents ainsi que pour apprécier les éléments de preuve. L'appréciation de ces faits et éléments de preuve ne constitue donc pas, sous réserve du cas de leur dénaturation, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi (voir, notamment, arrêts du 19 septembre 2002, DKV/OHMI, C-104/00 P, Rec. p. I-7561, point 22, et Deutsche SiSi-Werke/OHMI, précité, point 35).

- 41 Aucune dénaturation des faits et éléments de preuve soumis au Tribunal n'étant alléguée en l'espèce, il y a lieu d'écarter la dernière branche du premier moyen comme étant en partie non fondée et en partie irrecevable et, partant, d'écarter ledit moyen en totalité.

Sur le deuxième moyen

Argumentation des parties

- 42 Par son deuxième moyen, la requérante fait grief au Tribunal d'avoir, aux points 55 à 58 de l'arrêt attaqué, violé l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, en vertu duquel l'OHMI procède à l'examen d'office des faits.
- 43 Il découlerait de cette disposition que la chambre de recours ne pouvait se limiter à communiquer le résultat de sa propre appréciation subjective de la situation du marché, mais aurait dû procéder à des mesures d'instruction et présenter des exemples concrets d'emballages d'aspect prétendument identique à la marque demandée dont elle alléguait l'existence pour conclure au caractère «usuel» de ladite marque. La chambre de recours n'ayant pas indiqué quels étaient ces emballages, la requérante aurait été privée de la possibilité de contester la pertinence de ces exemples.
- 44 En déclarant, au point 58 de l'arrêt attaqué, que la chambre de recours avait pu se fonder sur des faits résultant de l'expérience pratique généralement acquise et en approuvant les allégations non étayées de cette chambre, le Tribunal aurait méconnu l'obligation d'instruire les faits qui incombe à l'OHMI en vertu de l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94.

⁴⁵ L'OHMI conclut, à titre principal, à l'irrecevabilité du deuxième moyen dans la mesure où la requérante se bornerait à reproduire textuellement un moyen déjà présenté devant le Tribunal et rejeté par celui-ci sans critiquer la réponse du Tribunal.

⁴⁶ À titre subsidiaire, l'OHMI considère que ce moyen est non fondé. L'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 imposerait uniquement à l'OHMI d'instruire les faits et ne l'obligerait pas à démontrer concrètement toutes les constatations de fait qu'il effectue.

Appréciation de la Cour

⁴⁷ En vertu des articles 225 CE, 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice et 112, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), du règlement de procédure de la Cour, un pourvoi doit indiquer de façon précise les éléments critiqués de l'arrêt dont l'annulation est demandée ainsi que les arguments juridiques qui soutiennent de manière spécifique cette demande. Ne répond pas à cette exigence le pourvoi qui, sans même comporter une argumentation visant spécifiquement à identifier l'erreur de droit dont serait entaché l'arrêt attaqué, se limite à répéter ou à reproduire textuellement les moyens et les arguments qui ont déjà été présentés devant le Tribunal (voir, notamment, arrêts du 4 juillet 2000, Bergaderm et Goupil/Commission, C-352/98 P, Rec. p. I-5291, points 34 et 35, ainsi que du 7 juillet 2005, Le Pen/Parlement, C-208/03 P, Rec. p. I-6051, point 39).

⁴⁸ En revanche, dès lors qu'un requérant conteste l'interprétation ou l'application du droit communautaire faite par le Tribunal, les points de droit examinés en première instance peuvent être de nouveau discutés au cours de la procédure de pourvoi. En effet, si un requérant ne pouvait fonder de la sorte son pourvoi sur des moyens et arguments déjà utilisés devant le Tribunal, ladite procédure serait privée d'une partie de son sens (voir, notamment, arrêts du 6 mars 2003, Interporc/Commission, C-41/00 P, Rec. p. I-2125, point 17, et Le Pen/Parlement, précité, point 40).

- 49 Or, le deuxième moyen du pourvoi vise précisément à mettre en cause l'interprétation de l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 retenue par le Tribunal pour écarter le grief, soulevé dans le cadre du premier moyen de première instance, relatif à l'absence d'exemples concrets susceptibles d'étayer les affirmations de la chambre de recours concernant le caractère usuel de l'emballage en cause. Ce moyen doit donc être jugé recevable.
- 50 S'agissant de son bien-fondé, il y a lieu de rappeler que, aux termes de l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, les examinateurs de l'OHMI et, sur recours, les chambres de recours de l'OHMI doivent procéder à l'examen d'office des faits afin de déterminer si la marque dont l'enregistrement est demandé relève ou non d'un des motifs de refus d'enregistrement énoncés à l'article 7 du même règlement. Il s'ensuit que les organes compétents de l'OHMI peuvent être amenés à fonder leurs décisions sur des faits qui n'auraient pas été invoqués par le demandeur.
- 51 Si, en principe, il appartient à ces organes d'établir, dans leurs décisions, l'exactitude de tels faits, tel n'est pas le cas lorsqu'ils allèguent des faits notoires.
- 52 À cet égard, il y a lieu de souligner qu'un demandeur à qui l'OHMI oppose de tels faits notoires est en mesure de contester leur exactitude devant le Tribunal.
- 53 La constatation, par le Tribunal, du caractère notoire ou non des faits sur lesquels la chambre de recours de l'OHMI a fondé sa décision constitue une appréciation de nature factuelle qui, sauf cas de dénaturation, échappe au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi.

54 Dès lors, le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant, aux points 58 et 95 de l'arrêt attaqué, que la chambre de recours avait pu légitimement fonder sa constatation que l'emballage en cause n'est pas inhabituel dans le commerce sur des faits qui résultent de l'expérience pratique généralement acquise de la commercialisation des confiseries et sont susceptibles d'être connus de toute personne, et notamment des consommateurs de confiseries, sans que ladite chambre soit tenue de fournir des exemples concrets.

55 Il convient donc d'écarter le deuxième moyen comme étant non fondé.

Sur le troisième moyen

Argumentation des parties

56 Par son troisième moyen, la requérante allègue que le Tribunal a violé l'article 73 du règlement n° 40/94, en vertu duquel les décisions de l'OHMI ne peuvent être fondées que sur des motifs sur lesquels les parties ont pu prendre position.

57 Faute pour la chambre de recours d'avoir présenté des emballages de bonbons prétendument similaires à la marque demandée, la requérante n'aurait pu, à aucun stade de la procédure, prendre position à ce sujet et aurait ainsi été privée, notamment, de la possibilité de démontrer que ces emballages présentaient en réalité des différences décisives avec la marque demandée. Son droit à être entendue aurait ainsi été violé.

58 Dès lors, en jugeant, au point 58 de l'arrêt attaqué, que la chambre de recours n'était pas tenue de présenter des preuves concrètes de l'existence d'emballages similaires à la marque demandée et en fondant l'arrêt attaqué sur des allégations sur lesquelles la requérante n'avait pas pu prendre position, le Tribunal aurait violé l'article 73 du règlement n° 40/94.

59 L'OHMI répond que ce moyen est manifestement non fondé. D'une part, la chambre de recours aurait bien examiné les arguments de la requérante à ce sujet, mais les aurait écartés. D'autre part, dès lors qu'elle reconnaît avoir traité des formes usuelles d'emballages de bonbons dans son recours devant le Tribunal, la requérante ne saurait prétendre qu'elle n'a pas eu la possibilité de s'exprimer sur la manière dont la chambre de recours a apprécié le marché desdits emballages.

Appréciation de la Cour

60 D'une part, en tant que le troisième moyen du pourvoi fait grief au Tribunal d'avoir violé l'article 73 du règlement n° 40/94 en n'annulant pas la décision litigieuse comme étant fondée sur des motifs sur lesquels la requérante n'aurait pas pu prendre position, ce moyen doit être déclaré irrecevable.

61 En effet, selon une jurisprudence constante, permettre à une partie de soulever pour la première fois devant la Cour un moyen qu'elle n'a pas soulevé devant le Tribunal reviendrait à lui permettre de saisir la Cour, dont la compétence en matière de pourvoi est limitée, d'un litige plus étendu que celui dont a eu à connaître le Tribunal. Dans le cadre d'un pourvoi, la compétence de la Cour est donc limitée à l'appréciation de la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges (voir, notamment, arrêt du 11 novembre 2004, Ramondín e.a./Commission, C-186/02 P et C-188/02 P, Rec. p. I-10653, point 60).

- 62 Or, si, devant le Tribunal, la requérante a fait valoir que la chambre de recours n'avait pas démontré l'exactitude de ses constatations quant au caractère usuel de l'emballage en cause, elle n'a soulevé ce grief qu'aux fins d'établir la violation de l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94.
- 63 D'autre part, en tant que ledit moyen fait grief au Tribunal d'avoir, par ses propres allégations non étayées, également violé l'article 73 du règlement n° 40/94, il apparaît non fondé.
- 64 En effet, le respect de cette disposition s'impose dans le cadre de l'examen des demandes d'enregistrement par les organes de l'OHMI, mais pas dans le cadre de la procédure devant le Tribunal, laquelle est régie par le statut de la Cour de justice et par le règlement de procédure du Tribunal.
- 65 Au demeurant, la requérante a été en mesure de contester devant le Tribunal l'affirmation de la chambre de recours selon laquelle l'emballage en cause ne se distingue pas de manière significative de nombreux emballages communément utilisés sur le marché des confiseries, de sorte que ses droits de la défense, et notamment son droit d'être entendue, ont été respectés devant cette juridiction.
- 66 Il convient donc de rejeter le troisième moyen comme étant en partie irrecevable et en partie non fondé.

Sur le quatrième moyen

Argumentation des parties

- ⁶⁷ Par son quatrième moyen, qui se divise en deux branches, la requérante soutient que le Tribunal a violé l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 en soumettant à des exigences erronées la preuve que la marque demandée a acquis un caractère distinctif par l'usage.
- ⁶⁸ En premier lieu, le Tribunal aurait commis une erreur de droit en jugeant, aux points 83 et 84 de l'arrêt attaqué, que les chiffres relatifs aux ventes des produits revêtus de la marque demandée et aux frais publicitaires engagés pour promouvoir cette marque ne permettent pas d'établir que celle-ci a acquis un caractère distinctif par l'usage qui en a été fait, faute d'indications sur, respectivement, la part du marché des confiseries et la part du volume publicitaire pour ce marché que représentent ces chiffres.
- ⁶⁹ En effet, selon la requérante, la connaissance d'une marque n'est pas fonction de l'absence d'autres marques plus connues, mais dépend uniquement du point de savoir si elle est diffusée sur le marché pendant une longue période et pour un volume suffisant, assurant ainsi que les consommateurs sont confrontés à cette marque. Dès lors, la part de marché détenue par la marque demandée ne serait pas pertinente aux fins d'apprécier si elle a acquis un caractère distinctif par l'usage lorsqu'il est établi qu'elle est largement diffusée, en grandes quantités et sur une longue période. Or, en l'espèce, les chiffres fournis par la requérante prouveraient que tel est le cas.

- 70 En second lieu, le Tribunal aurait commis une erreur de droit en considérant, aux points 85 à 87 de l'arrêt attaqué, que la preuve que la marque demandée a acquis un caractère distinctif par l'usage qui en a été fait devait être rapportée pour tous les États membres de l'Union.
- 71 Selon la requérante, il est contraire à l'objectif de l'Union, qui est d'abolir les frontières nationales et de créer un marché unique, d'exiger une preuve de l'usage de la marque demandée pour chaque État membre. Ainsi, une marque devrait être enregistrée en application de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 lorsque le demandeur rapporte la preuve qu'elle a acquis un caractère distinctif par l'usage qui en a été fait sur une partie substantielle du territoire de l'Union, quand bien même, dans quelques États membres, cette marque n'aurait pas acquis un tel caractère ou le demandeur ne pourrait pas en rapporter la preuve.
- 72 À l'appui de cette analyse, la requérante invoque l'article 142 bis, paragraphe 2, du règlement n° 40/94, introduit par l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne (JO 2003, L 236, p. 33, ci-après l'«acte d'adhésion»), aux termes duquel «[l']enregistrement d'une marque communautaire qui fait l'objet d'une demande d'enregistrement à la date d'adhésion ne peut être refusé pour les motifs absolus de refus énumérés à l'article 7, paragraphe 1, [du règlement n° 40/94] si ces motifs sont nés uniquement de l'adhésion d'un nouvel État membre».
- 73 L'OHMI fait valoir que, en tant qu'elle conteste l'obligation d'établir que la marque demandée a acquis un caractère distinctif par l'usage dans toute la Communauté, la requérante méconnaît l'économie de l'article 7 du règlement n° 40/94.

74 Il résulterait en effet de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 40/94 qu'une demande de marque communautaire doit être refusée même si les motifs de refus n'existent que dans une partie de la Communauté. Lorsqu'un des motifs de refus énoncés au paragraphe 1, sous b), c) et d), de cet article concerne l'ensemble de la Communauté, le caractère distinctif acquis par l'usage devrait être démontré dans toute la Communauté, et pas seulement dans certains États membres.

Appréciation de la Cour

75 Concernant la première branche du quatrième moyen, il est de jurisprudence constante que, aux fins de l'appréciation de l'acquisition par une marque d'un caractère distinctif à la suite de l'usage qui en a été fait, peuvent être prises en considération, notamment, la part de marché détenue par la marque, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de l'usage de cette marque, l'importance des investissements faits par l'entreprise pour la promouvoir, la proportion des milieux intéressés qui identifie le produit comme provenant d'une entreprise déterminée grâce à la marque ainsi que les déclarations de chambres de commerce et d'industrie ou d'autres associations professionnelles [voir, en ce sens, à propos de l'article 3, paragraphe 3, de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1), disposition qui est identique, en substance, à l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, arrêts du 4 mai 1999, *Windsurfing Chiemsee*, C-108/97 et C-109/97, Rec. p. I-2779, point 51; du 18 juin 2002, *Philips*, C-299/99, Rec. p. I-5475, point 60, et du 7 juillet 2005, *Nestlé*, C-353/03, Rec. p. I-6135, point 31].

76 La part de marché détenue par la marque est donc une indication qui peut être pertinente aux fins d'apprécier si cette marque a acquis un caractère distinctif par l'usage. Tel est le cas, en particulier, lorsque, comme en l'espèce, une marque constituée par l'apparence du produit pour lequel l'enregistrement est demandé apparaît dépourvue de caractère distinctif au motif qu'elle ne diverge pas de manière significative de la norme ou des habitudes du secteur. En effet, il est vraisemblable

que, en pareil cas, une telle marque n'est susceptible d'acquérir un caractère distinctif que si, à la suite de l'usage qui en est fait, les produits qui en sont revêtus détiennent une part non négligeable du marché des produits en cause.

77 Pour les mêmes raisons, la part du volume publicitaire pour le marché des produits en cause que représentent les investissements publicitaires engagés pour promouvoir une marque peut également être une indication pertinente afin d'apprécier si cette marque a acquis un caractère distinctif par l'usage.

78 Au demeurant, la question de savoir si de telles informations sont ou non nécessaires aux fins d'apprécier si une marque donnée a acquis un caractère distinctif par l'usage au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 relève de l'appréciation des faits par les organes de l'OHMI et, sur recours, par le Tribunal.

79 Dans ces conditions, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en considérant, aux points 82 à 84 de l'arrêt attaqué, que les chiffres de vente des produits de la requérante et les frais publicitaires engagés par elle ne suffisent pas pour démontrer que la marque demandée a acquis un caractère distinctif à la suite de l'usage qui en a été fait, faute d'indication sur la part que ces chiffres et ces frais représentent, respectivement, dans le marché global des confiseries et dans le volume global des dépenses publicitaires pour ce marché.

80 La première branche du quatrième moyen est donc non fondée.

- 81 Concernant la seconde branche du quatrième moyen, il y a lieu de rappeler que, aux termes de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, lu en combinaison avec le paragraphe 2 du même article, une marque doit être refusée à l'enregistrement si elle est dépourvue de caractère distinctif dans une partie de la Communauté.
- 82 Par ailleurs, aux termes de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, le paragraphe 1, sous b), du même article n'est pas applicable si la marque a acquis pour les produits et services pour lesquels est demandé l'enregistrement un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait.
- 83 Il s'ensuit qu'une marque ne peut être enregistrée en vertu de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 que si la preuve est rapportée qu'elle a acquis, par l'usage qui en a été fait, un caractère distinctif dans la partie de la Communauté dans laquelle elle n'avait pas ab initio un tel caractère au sens du paragraphe 1, sous b), du même article. La partie de la Communauté visée au paragraphe 2 dudit article peut être constituée, le cas échéant, d'un seul État membre.
- 84 Contrairement à l'analyse de la requérante, l'article 142 bis du règlement n° 40/94, dans sa version résultant de l'acte d'adhésion, conforte l'interprétation qui précède.
- 85 En effet, en jugeant nécessaire d'introduire une disposition expresse aux termes de laquelle l'enregistrement d'une marque communautaire qui fait l'objet d'une demande d'enregistrement à la date d'adhésion ne peut être refusé pour les motifs absolus de refus énoncés à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 si ces motifs sont nés uniquement de l'adhésion d'un nouvel État membre, les auteurs de l'acte d'adhésion ont considéré que, à défaut de cette disposition, une telle demande

aurait dû être rejetée si la marque était dépourvue de caractère distinctif dans l'un des nouveaux États membres.

⁸⁶ Dès lors que, aux points 85 à 87 de l'arrêt attaqué, à l'issue d'une appréciation des faits et éléments de preuve, le Tribunal a constaté, d'une part, que la marque demandée était dépourvue de caractère distinctif ab initio dans l'ensemble des États membres de la Communauté et, d'autre part, que la requérante n'établissait pas que cette marque avait fait l'objet de campagnes publicitaires dans certains États membres au cours de la période de référence, c'est à bon droit qu'il a considéré que les chiffres fournis concernant les frais de publicité engagés par la requérante ne permettent pas de rapporter la preuve que ladite marque a acquis un caractère distinctif à la suite de l'usage qui en a été fait.

⁸⁷ La seconde branche du quatrième moyen est également non fondée et, partant, ce moyen doit être écarté en totalité.

⁸⁸ La requérante ayant succombé en tous ses moyens, il convient de rejeter le pourvoi.

Sur les dépens

⁸⁹ Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, applicable à la procédure de pourvoi en application 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 la requérante et celle-ci ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

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

- 1) Le pourvoi est rejeté.**
- 2) August Storck KG est condamnée aux dépens.**

Signatures