Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DU TRIBUNAL (cinquième chambre)

9 novembre 2016 *

« Marque de l'Union européenne — Enregistrement international désignant l'Union européenne — Marque figurative représentant un motif de lignes ondulées entrecroisées — Motif absolu de refus — Caractère distinctif — Article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement (CE) nº 207/2009 — Motif de surface — Application d'un motif de surface sur l'emballage d'un produit »

Dans l'affaire T-579/14,

Birkenstock Sales GmbH, établie à Vettelschoß (Allemagne), représentée par M^es^ C. Menebröcker et V. Töbelmann, avocats,

partie requérante,

contre

Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO), représenté initialement par M. G. Schneider et M^me^ D. Walicka, puis par M^me^ Walicka, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

ayant pour objet un recours formé contre la décision de la première chambre de recours de l'EUIPO du 15 mai 2014 (affaire R 1952/2013-1), concernant l'enregistrement international désignant l'Union européenne de la marque figurative représentant un motif de lignes ondulées entrecroisées,

LE TRIBUNAL (cinquième chambre),

composé de MM. A. Dittrich (rapporteur), président, J. Schwarcz et M^me^ V. Tomljenović, juges,

greffier : M^me^ A. Lamote, administrateur,

vu la requête déposée au greffe du Tribunal le 1^er^ août 2014,

vu le mémoire en réponse déposé au greffe du Tribunal le 22 octobre 2014,

vu le mémoire en réplique déposé au greffe du Tribunal le 6 janvier 2015,

à la suite de l'audience du 16 décembre 2015,

rend le présent

* Langue de procédure : l'allemand.

Arrêt

Antécédents du litige

1 La requérante, Birkenstock Sales GmbH, vient aux droits de Birkenstock Orthopädie GmbH & Co. KG, qui a obtenu auprès du bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), le 27 juin 2012, un enregistrement international, fondé sur une marque allemande, désignant notamment l'Union européenne pour la marque figurative suivante :



2 Le 25 octobre 2012, l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) a reçu notification de l'enregistrement international du signe en cause.

3 L'extension de la protection a été revendiquée pour des produits relevant des classes 10, 18 et 25 au sens de l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que révisé et modifié, et correspondant, pour chacune de ces classes, à la description suivante :

— classe 10 : « Appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires ; membres, yeux et dents artificiels ; articles orthopédiques ; matériel de suture ; matériel de suture à usage chirurgical ; articles chaussants orthopédiques, y compris articles chaussants orthopédiques pour la rééducation, la physiothérapie du pied, à usage thérapeutique et conçus pour d'autres applications médicales, ainsi que leurs parties, y compris chaussures orthopédiques, y compris chaussures orthopédiques dotées de lits de pied ou de dispositifs orthopédiques pour le maintien du pied ainsi que de garnitures intérieures orthopédiques plantaires et pour chaussures, y compris dispositifs orthopédiques pour le maintien du pied et garnitures intérieures orthopédiques pour chaussures ainsi que leurs parties, y compris garnitures intérieures thermoplastiques rigides ; éléments de chaussures et garnitures de chaussures pour l'adaptation de chaussures orthopédiques, en particulier garnitures, semelles compensées, coussinets, semelles intérieures, rembourrages en mousse, coussinets en mousse et semelles de chaussures moulées, y compris en tant que garnitures intérieures entièrement en matières plastiques et lits de pied orthopédiques en liège naturel, liège thermique, matières plastiques, latex ou matières plastiques alvéolaires, y compris en tant qu'éléments élastiques en liège et latex ou en plastique et liège ; garnitures intérieures orthopédiques plantaires et pour chaussures ; dispositifs orthopédiques pour le maintien du pied et de la chaussure ; articles chaussants orthopédiques, en particulier chaussons et sandales orthopédiques ; semelles intérieures orthopédiques, garnitures intérieures, y compris garnitures intérieures en matières plastiques, latex ou matières plastiques alvéolaires, y compris en tant qu'éléments élastiques en liège et latex ou en plastique et liège » ;

— classe 18 : « Cuir et imitations de cuir, ainsi que produits en ces matières compris dans cette classe ; cuirs d'animaux, pelleteries ; malles et sacs de voyage ; parapluies, parasols et bâtons de marche ; fouets, harnais et articles de sellerie ; porte-monnaie ; sacs ; sacs à main ; étuis à documents ; sacs banane ; sacs-housses de voyage pour vêtements ; étuis porte-clés (articles de maroquinerie) ; mallettes pour produits de beauté ; trousses de toilette, coffrets destinés à contenir des articles de toilette dits "vanity cases" ; sacs de voyage ; sacs à dos » ;

— classe 25 : « Vêtements, articles de chapellerie, chaussures, y compris chaussures confort et chaussures pour le travail, les activités de détente, la santé du pied et le sport, y compris sandales, sandales pour tonifier les muscles inférieurs, tongs, chaussons, sabots, également dotés de lits de

pied, en particulier lits de pied profonds, anatomiques et moulés, dispositifs de maintien du pied ainsi que garnitures intérieures plantaires et pour chaussures, garnitures intérieures de protection ; parties et garnitures des articles chaussants précités, à savoir empeignes, talonnettes, semelles extérieures, semelles intérieures, parties de dessous de chaussures, y compris lits de pied, dispositifs de maintien du pied ; garnitures intérieures plantaires et pour chaussures, en particulier lits de pied profonds, anatomiques et moulés, en particulier en liège naturel, liège thermique, matières plastiques, latex ou matières plastiques alvéolaires, y compris en tant qu'éléments élastiques en liège et latex ou en plastique et liège ; semelles intérieures ; articles chaussants, y compris chaussures et sandales, bottes, ainsi que parties et garnitures de tous les produits précités, comprises dans cette classe ; ceintures ; châles ; fichus ».

4 Le 21 novembre 2012, l'examinateur a notifié à la requérante un refus provisoire total ex officio de protection de la marque internationale dans l'Union. Le motif invoqué au soutien de ce refus était l'absence de caractère distinctif du signe en cause pour l'ensemble des produits concernés, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement (CE) nº 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque de l'Union européenne (JO 2009, L 78, p. 1).

5 Par décision du 29 août 2013, après que la requérante eut répondu aux objections soulevées dans la notification de refus provisoire, la division d'examen a confirmé, pour le même motif que celui précédemment avancé, le refus total de protection de la marque internationale dans l'Union.

6 Le 4 octobre 2013, la requérante a formé un recours contre cette décision auprès de l'EUIPO, au titre des articles 58 à 60 du règlement nº 207/2009.

7 Par décision du 15 mai 2014 (ci-après la « décision attaquée »), la première chambre de recours de l'EUIPO a rejeté le recours, en considérant que le signe en cause était dépourvu de caractère distinctif pour les produits en cause.

8 La chambre de recours a notamment considéré que le signe en cause présentait des lignes ondulées qui se coupaient à angle droit et se présentaient dans une séquence répétitive qui pouvait s'étendre dans les quatre directions du carré et donc s'appliquer à toute surface bi- ou tridimensionnelle. Le signe en cause serait donc immédiatement perçu comme représentant un motif de surface.

9 La chambre de recours a, en outre, relevé qu'il était notoire que les surfaces des produits ou leur emballage étaient ornés de motifs pour diverses raisons, notamment pour améliorer leur apparence esthétique et/ou pour répondre à des considérations techniques.

10 Elle a souligné que, selon la jurisprudence, puisque les consommateurs moyens n'avaient pas pour habitude de présumer l'origine commerciale de produits en se fondant sur des signes qui se confondent avec l'apparence des produits eux-mêmes, ces signes ne posséderaient un caractère distinctif, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 207/2009, que s'ils divergeaient de manière significative de la norme ou des habitudes du secteur. Elle a considéré que cette jurisprudence était applicable en l'espèce, car le signe en cause se confondrait avec l'apparence des produits en cause.

11 La chambre de recours a considéré que l'impression générale produite par le signe en cause était banale et que ce motif de surface pouvait se retrouver sur tous les produits en cause, pour lesquels il pouvait revêtir une fonction esthétique et/ou technique. Selon elle, l'impression d'ensemble produite par le signe en cause ne divergeait pas de manière significative, voire ne divergeait pas du tout, des habitudes des secteurs concernés.

12 La chambre de recours a conclu que le public pertinent percevrait, selon toute vraisemblance, le signe comme un simple motif de surface et non pas comme l'indication d'une origine commerciale particulière.

Conclusions des parties

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

— annuler la décision attaquée ;

— condamner l'EUIPO aux dépens.

14 L'EUIPO conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— rejeter le recours ;

— condamner la requérante aux dépens.

En droit

15 À l'appui de son recours, la requérante soulève un moyen unique, tiré d'une violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 207/2009.

16 La requérante fait notamment valoir que la chambre de recours a appliqué des critères étrangers à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 207/2009. La chambre de recours ne se serait pas fondée sur la marque internationale sous sa forme enregistrée, à savoir une image dont la surface serait nettement délimitée et qui ne se confondrait pas avec la forme des produits, mais elle aurait élargi sans justification la marque en affirmant que cette dernière pouvait être reproduite et continuée.

17 L'enregistrement international revendiquerait une protection pour une marque figurative de forme carrée avec un motif abstrait, dont l'apparence serait en soi complète, singulière et inhabituelle.

18 L'EUIPO considère que la chambre de recours a à juste titre considéré que le signe en cause représentait un motif de surface et qu'il était dépourvu de caractère distinctif pour les produits en cause.

Généralités

19 Selon l'article 154, paragraphe 1, du règlement nº 207/2009, tout enregistrement international désignant l'Union est subordonné à un examen relatif aux motifs absolus de refus, suivant la même procédure que pour les demandes de marque de l'Union européenne.

20 Aux termes de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 207/2009, sont refusées à l'enregistrement les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif.

21 Le caractère distinctif d'une marque au sens de cette disposition 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 (voir arrêt du 20 octobre 2011, Freixenet/OHMI, C-344/10 P et C-345/10 P, EU:C:2011:680, point 42 et jurisprudence citée).

22 Par ailleurs, il résulte d'une jurisprudence constante que ce caractère distinctif doit être apprécié, d'une part, par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement a été 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 (arrêts du 29 avril 2004, Procter & Gamble/OHMI, C-473/01 P et C-474/01 P, EU:C:2004:260, point 33, et du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, EU:C:2006:422, point 25). Le niveau d'attention du consommateur moyen, censé être normalement informé et

raisonnablement attentif et avisé, est susceptible de varier en fonction de la catégorie de produits ou de services en cause [arrêts du 22 juin 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, EU:C:1999:323, point 26, et du 10 octobre 2007, Bang & Olufsen/OHMI (Forme d'un haut-parleur), T-460/05, EU:T:2007:304, point 32].

23 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 sur 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, EU:C:2004:592, point 30, et du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, EU:C:2006:422, points 26 et 27).

24 Il ressort de ces considérations que seule une marque tridimensionnelle, constituée par l'apparence du produit lui-même, qui, de manière significative, diverge de la norme ou des habitudes du secteur concerné 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° 207/2009 (arrêts du 12 janvier 2006, Deutsche SiSi-Werke/OHMI, C-173/04 P, EU:C:2006:20, point 31, et du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, EU:C:2006:422, point 28).

25 La jurisprudence citée aux points 23 et 24 ci-dessus, développée au sujet des marques tridimensionnelles constituées par l'apparence du produit désigné, vaut également lorsque la marque en question est une marque figurative constituée par la forme 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 du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, EU:C:2006:422, point 29).

26 Cette jurisprudence est également applicable dans le cas d'un signe constitué par un motif applicable à la surface d'un produit [voir, en ce sens, arrêt du 9 octobre 2002, Glaverbel/OHMI (Surface d'une plaque de verre), T-36/01, EU:T:2002:245, point 23].

27 Tel est également le cas d'une marque figurative constituée par une partie de la forme du produit qu'elle désigne, dans la mesure où le public pertinent la percevra, immédiatement et sans réflexion particulière, comme une représentation d'un détail particulièrement intéressant ou attrayant du produit en question, plutôt que comme une indication de son origine commerciale [arrêt du 19 septembre 2012, Fraas/OHMI (Motif à carreaux gris foncé, gris clair, noir, beige, rouge foncé et rouge clair), T-50/11, non publié, EU:T:2012:442, point 43].

28 Ainsi que la chambre de recours l'a souligné, au point 27 de la décision attaquée, l'élément déterminant pour l'applicabilité de cette jurisprudence n'est pas la qualification du signe concerné de signe figuratif, tridimensionnel ou autre, mais le fait qu'il se confonde avec l'apparence du produit désigné.

Sur le public pertinent

29 La chambre de recours a relevé que les produits compris dans la classe 10 concernaient pour l'essentiel les chaussures orthopédiques, y compris leurs parties. Elle a, en outre, considéré que ces produits pouvaient être achetés par les consommateurs en général issus du grand public ou par des professionnels de santé et qu'ils étaient choisis avec attention.

30 La chambre de recours a, par ailleurs, relevé que les produits « appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires ; membres, yeux et dents artificiels ; articles orthopédiques ; matériel de suture ; matériel de suture à usage chirurgical » s'adressaient essentiellement aux professionnels de santé, qui feraient preuve d'un degré d'attention au moins moyen lors du choix des produits.

31 Enfin, elle a considéré que les produits compris dans les classes 18 et 25 s'adressaient au grand public faisant preuve d'un niveau d'attention moyen lors de l'achat.

32 Ces considérations, au demeurant non contestées par la requérante, doivent être entérinées, sauf en ce qui concerne les produits « cuir et imitations de cuir » et « cuirs d'animaux, pelleteries », compris dans la classe 18. Ces produits s'adressent principalement à un public professionnel qui utilise ces produits pour la fabrication d'autres produits.

Sur l'applicabilité en l'espèce de la jurisprudence relative aux marques se confondant avec l'apparence des produits

33 Il y a lieu d'examiner la question de savoir si, en l'espèce, c'est à juste titre que la chambre de recours a appliqué la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits.

34 Pour ce faire, il convient d'examiner, tout d'abord, les caractéristiques du signe en cause.

35 Le signe en cause est constitué d'une représentation graphique, de forme carrée, de lignes ondulées qui s'entrecroisent de façon à former une répétition du même motif verticalement et horizontalement. Cette représentation est dépourvue de contours.

36 Ainsi que la chambre de recours l'a relevé, la séquence répétitive peut s'étendre à l'infini dans les quatre directions du carré et donc s'appliquer à toute surface bi- ou tridimensionnelle.

37 Il s'agit donc d'un signe composé d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement et qui se prête tout particulièrement à être utilisé en tant que motif de surface.

38 Certes, ainsi que la requérante l'a souligné, l'EUIPO doit se référer, lors de l'examen du caractère distinctif d'un signe, à la reproduction de la marque demandée jointe à la demande d'enregistrement et, le cas échéant, à la description incluse dans cette demande [arrêt du 30 novembre 2005, Almdudler-Limonade/OHMI (Forme d'une bouteille de limonade), T-12/04, non publié, EU:T:2005:434, point 42].

39 Il y a cependant lieu de relever que, en constatant que la séquence répétitive pouvait s'étendre à l'infini dans les quatre directions du carré et donc s'appliquer à toute surface bi- ou tridimensionnelle, l'EUIPO s'est fondée sur les caractéristiques intrinsèques du signe en cause, telles qu'elles ressortent de la reproduction de la marque internationale. Il ne saurait donc lui être reproché d'avoir fondé cette appréciation sur des éléments qui ne ressortent pas de la reproduction du signe en cause.

40 La requérante fait valoir que, si l'argumentation développée dans la décision attaquée était prise « au mot », aucune marque figurative ne pourrait être enregistrée, car toute marque figurative pourrait, en principe, être étendue ou reproduite à l'infini et être utilisée comme motif apposé sur la surface des produits.

41 À cet égard, il convient de relever que, certes, même un signe figuratif représentant un logo « classique » peut être reproduit à l'infini et être utilisé en tant que motif de surface. Si la chambre de recours se fondait sur une possible duplication à l'infini d'un tel signe afin de considérer que celui-ci se confond avec l'apparence des produits visés, une telle approche serait purement spéculative.

42 Toutefois, lorsqu'un signe est en lui-même composé d'une séquence répétitive d'éléments, l'EUIPO est en droit de prendre en considération les caractéristiques intrinsèques de ce signe afin d'examiner la nature de celui-ci et notamment la question de savoir s'il s'agit d'un signe qui se confond avec l'apparence des produits visés. En l'espèce, la chambre de recours a fondé son raisonnement sur une analyse des caractéristiques intrinsèques du signe en cause. Cette approche ne saurait être critiquée.

43 Il ressort, en outre, de la jurisprudence que le fait qu'un signe a été désigné en tant que marque figurative n'empêche pas que la chambre de recours puisse constater, sur la base de l'expérience pratique généralement acquise de la commercialisation des produits visés par la demande d'enregistrement, qu'elle y voit un motif de surface (voir, en ce sens, arrêt du 19 septembre 2012, Motif à carreaux gris foncé, gris clair, noir, beige, rouge foncé et rouge clair, T-50/11, non publié, EU:T:2012:442, point 51).

44 Dans l'arrêt du 19 septembre 2012, Motif à carreaux gris foncé, gris clair, noir, beige, rouge foncé et rouge clair (T-50/11, non publié, EU:T:2012:442, points 46 et 47), le Tribunal a rejeté l'argument selon lequel l'EUIPO avait dénaturé l'objet de la demande d'enregistrement, en considérant comme un motif de tissu une marque dont l'enregistrement en tant que marque figurative avait été demandé.

45 Le Tribunal a relevé que le motif abstrait présenté dans l'image qui constituait la marque demandée pouvait constituer le motif d'un tissu (arrêt du 19 septembre 2012, Motif à carreaux gris foncé, gris clair, noir, beige, rouge foncé et rouge clair, T-50/11, non publié, EU:T:2012:442, point 51). Le Tribunal a relevé que les produits en cause dans cette affaire étaient des tissus ou des produits composés de tissus ou qui « pouvaient » avoir des surfaces en tissu (arrêt du 19 septembre 2012, Motif à carreaux gris foncé, gris clair, noir, beige, rouge foncé et rouge clair, T-50/11, non publié, EU:T:2012:442, point 47).

46 Il convient de relever que, dans cette affaire, conformément à la jurisprudence selon laquelle le caractère distinctif d'un signe doit être examiné par rapport aux produits visés (voir point 22 ci-dessus), le Tribunal ne s'est donc pas limité à constater le fait que l'image qui constituait la marque demandée pouvait constituer un motif de tissu, mais a également examiné, au regard des produits visés par la demande de marque, si ceux-ci pouvaient avoir des surfaces en tissu.

47 Il convient de relever que les produits en cause dans cette affaire étaient des tissus ou des articles de mode au sens large, pour lesquels il est évident qu'ils présentent souvent des motifs de surface.

48 Il convient de relever que, en l'espèce, les produits visés par la marque internationale sont, pour partie, des produits présentant à l'évidence souvent des motifs de surface, tels que les articles de mode au sens large du terme, et, pour partie, des produits pour lesquels il est moins évident qu'ils présentent souvent des motifs de surface.

49 Se pose ainsi la question de savoir quel est le critère pertinent afin de déterminer si un signe figuratif, qui se compose d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement et se prête donc tout particulièrement à être utilisé en tant que motif de surface, peut effectivement être considéré comme un motif de surface pour un produit déterminé.

Sur le critère pertinent afin de pouvoir considérer une marque figurative, composée d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement, comme un motif de surface pour un produit déterminé

50 Dans la décision attaquée, la chambre de recours a, en substance, relevé que tous les produits en cause, ou leur emballage, pouvaient présenter un motif de surface, soit à des fins décoratives, soit à des fins techniques, afin d'améliorer leur préhension. Elle a implicitement considéré que la possibilité d'appliquer un motif de surface sur les produits en cause ou sur leur emballage était suffisante pour que la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits soit applicable.

51 Interrogé à cet égard lors de l'audience, l'EUIPO a confirmé que, selon lui, pour que la jurisprudence relative aux marques se confondant avec l'apparence des produits soit applicable en l'espèce, il était suffisant que l'usage du signe en cause en tant que motif de surface sur les produits en cause ou sur leur emballage soit possible et qu'il n'était pas nécessaire qu'il s'agisse de l'utilisation la plus probable du signe.

52 La requérante a affirmé, lors de l'audience, que le critère d'appréciation devait être beaucoup plus strict et que la simple possibilité que le signe en cause soit utilisé en tant que motif de surface sur les produits en cause ou sur leur emballage ne pouvait pas être suffisante.

53 Il conviendra d'identifier, tout d'abord, le critère pertinent pour déterminer si la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits est applicable dans le cas d'un possible usage d'un signe, composé d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement et désigné comme marque figurative, comme motif de surface sur les produits en cause eux-mêmes (voir points 54 à 57 ci-après). Ensuite, il conviendra d'examiner le cas particulier d'un possible usage d'un tel signe comme motif de surface non sur les produits en cause eux-mêmes, mais sur l'emballage de ceux-ci (voir points 58 à 68 ci-après).

54 Afin de déterminer le critère pertinent, il y a lieu de prendre en compte le fait qu'un signe qui se compose d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement se prête tout particulièrement à être utilisé en tant que motif de surface. Il existe donc, en principe, une probabilité, inhérente à ce signe, que celui-ci soit utilisé en tant que motif de surface, et ce indépendamment de sa désignation par le demandeur de marque comme une marque figurative, une marque tridimensionnelle, un motif de surface ou autre.

55 Dans ces circonstances, c'est uniquement lorsque l'utilisation d'un motif de surface est peu probable au vu de la nature des produits en cause qu'un tel signe ne peut pas être considéré comme un motif de surface, au regard des produits en cause. Dans les autres cas, il peut être considéré que le signe en cause, qui revêt les caractéristiques typiques d'un motif de surface en raison de la séquence répétitive de ses éléments, constitue effectivement un motif de surface.

56 En ce qui concerne l'arrêt du 13 avril 2011, Deichmann/OHMI (Représentation d'un chevron bordé de pointillés) (T-202/09, non publié, EU:T:2011:168), qui a été invoqué par l'EUIPO, le Tribunal a constaté, au point 47 de cet arrêt, qu'il était loisible à la chambre de recours de fonder son examen de la marque en cause sur l'utilisation « la plus probable » de celle-ci.

57 Il convient de relever que cet arrêt ne concernait pas l'enregistrement d'un signe composé d'une séquence répétitive d'éléments. C'est dans ces circonstances que le Tribunal a constaté que l'utilisation en tant qu'applique décorative ou de renforcement sur les produits en cause était « la plus probable ». Lorsqu'un signe est constitué d'une séquence répétitive d'éléments et se prête donc, en raison de ses caractéristiques intrinsèques, tout particulièrement à être utilisé comme un motif de surface, il existe, en principe, une probabilité, inhérente à ce signe, que celui-ci soit utilisé en tant que motif de surface. Pour cette raison, il est justifié de considérer que c'est uniquement lorsque l'utilisation d'un motif de surface est peu probable au vu de la nature des produits en cause qu'un tel signe ne peut pas être considéré comme un motif de surface, au regard des produits en cause (voir points 54 et 55 ci-dessus). À cet égard, il convient de préciser qu'il s'agit d'un critère objectif qui ne dépend pas des intentions commerciales de l'entreprise concernée.

58 Ensuite, se pose la question de savoir si le fait que l'usage d'un motif de surface sur l'emballage des produits en cause soit possible, et non peu probable, est suffisant afin que la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits soit applicable.

59 L'EUIPO a, en substance, affirmé, lors de l'audience, que la possibilité d'utiliser le signe sur l'emballage des produits en cause était suffisante afin que la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits soit applicable.

60 La requérante a, en substance, affirmé, lors de l'audience, que, selon la jurisprudence, la forme de l'emballage d'un produit pouvait être assimilée à la forme du produit seulement dans le cas de produits qui nécessitent un emballage pour des raisons liées à la nature même de ces produits, car ils n'ont pas une forme intrinsèque, tels les liquides.

61 Il y a lieu de rappeler que, selon la jurisprudence citée au point 23 ci-dessus, les consommateurs moyens n'ont pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se fondant sur la forme de leur emballage.

62 Il convient d'examiner si cette jurisprudence est également applicable à un signe désigné comme marque figurative qui est constitué par une séquence répétitive d'éléments et qui se prête donc tout particulièrement à être appliqué en tant que motif de surface sur l'emballage d'un produit déterminé.

63 Il y a lieu de relever que la jurisprudence relative aux marques se confondant avec l'apparence des produits s'applique aux marques tridimensionnelles constituées de l'emballage des produits, tels les liquides, qui sont emballés dans le commerce pour des raisons liées à la nature même du produit (voir, en ce sens, arrêt du 12 janvier 2006, Deutsche SiSi-Werke/OHMI, C-173/04 P, EU:C:2006:20, points 29 à 31). Cette jurisprudence vaut également lorsque la marque dont l'enregistrement est demandé est une marque constituée par l'aspect spécifique de la surface de l'emballage d'un produit liquide (arrêt du 20 octobre 2011, Freixenet/OHMI, C-344/10 P et C-345/10 P, EU:C:2011:680, point 48).

64 Il s'ensuit que cette jurisprudence s'applique également à un motif de surface appliqué sur l'emballage de produits qui sont emballés dans le commerce pour des raisons liées à la nature même de ces produits.

65 Il n'y a cependant pas lieu de limiter l'application de cette jurisprudence aux emballages de produits qui doivent nécessairement être emballés pour des raisons liées à la nature même de ces produits. Ainsi, la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits est applicable à la forme d'un emballage à tortillon de bonbon (arrêt du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, EU:C:2006:422, points 26 à 29), et ce bien qu'un bonbon ne nécessite pas forcément un emballage individuel. En outre, cette jurisprudence est applicable à la forme d'un paquet de cigarettes [arrêt du 12 septembre 2007, Philip Morris Products/OHMI (Forme d'un paquet de cigarettes), T-140/06, non publié, EU:T:2007:272, point 64], bien que les cigarettes ne doivent pas nécessairement être emballées pour des raisons liées à la nature même de ces produits. Un paquet de cigarettes n'est pas nécessaire pour donner une forme au produit emballé, car les cigarettes disposent de leur propre forme et ne sont pas des produits liquides ou en granulés.

66 Par analogie, la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits s'applique également aux motifs de surface appliqués sur l'emballage de produits tels que les bonbons ou les cigarettes. Il convient de relever qu'il s'agit de produits qui sont habituellement vendus dans un emballage et qui sont normalement sortis de leur emballage seulement juste avant leur consommation.

67 Cependant, il y a lieu de considérer que l'application de cette jurisprudence n'est pas justifiée dans le cas d'un motif de surface appliqué sur un simple emballage de transport. En effet, un motif de surface appliqué sur un simple emballage de transport ne saurait être assimilé à l'apparence d'un produit.

68 Le critère tel que défini au point 55 ci-dessus s'applique donc, en principe, également lorsqu'il s'agit d'une application en tant que motif de surface sur l'emballage des produits en cause, à l'exception toutefois des simples emballages de transport.

69 Il convient d'examiner, à la lumière de ces considérations, si c'est à juste titre que la chambre de recours a, en l'espèce, appliqué la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits.

Sur l'applicabilité de la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits au regard des produits en cause

70 S'agissant des produits « chaussures, y compris chaussures confort et chaussures pour le travail, les activités de détente, la santé du pied et le sport, y compris sandales, sandales pour tonifier les muscles inférieurs, tongs, chaussons, sabots, également dotés de lits de pied, en particulier lits de pied profonds, anatomiques et moulés, dispositifs de maintien du pied ainsi que garnitures intérieures plantaires et pour chaussures, garnitures intérieures de protection » compris dans la classe 25, il convient de relever qu'il n'est pas inhabituel qu'ils présentent un motif de surface. Les chaussures sont des articles de mode, de sorte qu'elles peuvent présenter un motif de surface à des fins esthétiques. Par ailleurs, un motif de surface peut être appliqué sur leurs semelles extérieures pour des raisons techniques. En effet, ces semelles sont souvent profilées afin d'améliorer l'adhérence de la chaussure au sol, ainsi que la chambre de recours l'a relevé au point 33 de la décision attaquée.

71 La requérante fait valoir à cet égard que le signe en cause n'est pas apte à remplir une fonction technique dans la mesure où, par nature, une marque figurative aurait deux dimensions.

72 Cependant, il y a lieu de constater que les lignes ondulées constituant le signe en cause font apparaître un effet d'ombre qui donne un effet tridimensionnel à ce signe. En effet, le bord de ces lignes est plus foncé que la partie située au milieu de ces lignes. Il est certes vrai, comme le soutient la requérante, que la marque internationale a été demandée en tant que marque figurative en deux dimensions et que la demande ne contient aucune description qui permettrait de conclure qu'elle contient des éléments en relief ou en creux. Cependant, la chambre de recours était en droit de se fonder sur les caractéristiques du signe en cause, notamment sur l'effet d'ombre que font apparaître les lignes ondulées, afin de constater que ce signe pouvait également être appliqué en relief.

73 En outre, il convient de relever que, selon la jurisprudence, rien ne s'oppose à ce que la chambre de recours prenne en considération, dans le cadre d'une demande d'enregistrement d'un signe désigné comme une marque figurative, une utilisation possible de celui-ci en tant que forme tridimensionnelle [voir, en ce sens, arrêt du 10 septembre 2015, EE/OHMI (Représentation de points blancs sur fond ivoire), T-144/14, non publié, EU:T:2015:615, point 40].

74 S'agissant de l'argument de la requérante selon lequel la décision attaquée contient une contradiction, car une même marque ne pourrait pas à la fois être un motif de surface bidimensionnel et un revêtement en trois dimensions, il convient de relever ce qui suit.

75 Rien ne s'oppose à prendre en considération, d'une part, un usage bidimensionnel et, d'autre part, un usage tridimensionnel d'un signe. Par exemple, dans l'arrêt du 10 septembre 2015, Représentation de points blancs sur fond ivoire (T-144/14, non publié, EU:T:2015:615, points 40 et 43), le Tribunal a pris en compte, d'une part, une utilisation possible d'un signe figuratif représentant des points blancs sur fond ivoire sur des imprimés et des sites Internet (à savoir une utilisation bidimensionnelle) et, d'autre part, une utilisation sous forme de petites boules protubérantes servant à rendre moins glissante la surface d'un produit (à savoir une utilisation tridimensionnelle). Contrairement à ce qu'affirme la requérante, la décision attaquée ne contient donc pas de contradiction sur ce point.

76 Il convient d'ailleurs de relever que la requérante a indiqué, lors de la procédure administrative et dans ses mémoires devant le Tribunal, qu'elle utilisait le signe en cause depuis plus de 40 ans. Interrogée sur cette utilisation lors de l'audience, la requérante a admis que cette utilisation a consisté en une

application du signe en cause sur des semelles extérieures de chaussures et que le motif couvrait la totalité de la semelle. Un tel usage correspond à une utilisation de ce signe en tant que motif de surface en relief.

77 Il est certes vrai, ainsi que la requérante l'a souligné, que, lorsqu'il s'agit d'examiner le caractère distinctif intrinsèque d'un signe, il y a lieu de fonder l'appréciation sur les caractéristiques du signe en cause en dehors de tout usage concret qui en a été fait.

78 Néanmoins, il convient de relever que l'argumentation de la requérante n'est pas cohérente en ce qu'elle affirme, d'une part, que la marque internationale constitue une marque figurative « habituelle » bidimensionnelle et non un motif de surface et, d'autre part, qu'un usage sur les semelles extérieures de chaussures, à savoir en tant que motif de surface en relief, constitue un usage de la marque.

79 Il convient, en outre, de relever que le seul exemple de l'usage du signe en cause transmis par la requérante au cours de la procédure administrative consiste en une photographie d'un panneau revêtu du motif en cause et servant de fond à des présentoirs à chaussures, reproduite au point 6 de la décision attaquée. Un tel usage correspond à un usage du signe en cause sous une forme bidimensionnelle. Il y a lieu d'observer que, dans le cadre de l'usage comme fond pour des présentoirs à chaussures, le signe en cause n'a pas été utilisé sous une forme carrée, mais a été étendu de tous les côtés afin de couvrir la totalité du fond de ces présentoirs. Il s'agissait donc d'une utilisation en tant que motif de surface bidimensionnel.

80 En affirmant qu'aussi bien une utilisation en tant que fond pour des présentoirs à chaussures qu'une utilisation sur des semelles extérieures de chaussures constitue un usage de la marque internationale, la requérante concède implicitement que le signe en cause peut être utilisé aussi bien sous forme bique tridimensionnelle.

81 En ce qui concerne l'argument de la requérante, soulevé lors de l'audience, selon lequel elle envisage d'utiliser la marque internationale, à l'avenir, sous la forme d'un carré qui sera appliqué sur des endroits de ses produits où le public pertinent s'attend, selon elle, à trouver des marques, il y a lieu de constater ce qui suit. Ainsi que la requérante l'a elle-même souligné, l'EUIPO doit se référer, lors de l'examen du caractère distinctif d'un signe, à la reproduction de la marque demandée jointe à la demande d'enregistrement et, le cas échéant, à la description incluse dans cette demande (voir point 38 ci-dessus). Les intentions commerciales du demandeur de marque, qui peuvent varier dans le temps et suivant sa volonté, ne sont quant à elles pas pertinentes.

82 Il convient, en outre, de relever que, lorsque le demandeur d'une marque représentant un motif formé d'une séquence répétitive d'éléments envisage un usage particulier de ce signe et qu'il considère que le signe en cause dispose d'un caractère distinctif intrinsèque lorsqu'il est utilisé de cette manière précise (par exemple, appliqué sous forme de carré à un endroit spécifique des produits en cause), il lui est loisible de demander, par exemple, l'enregistrement d'une marque de position, afin de s'assurer que l'EUIPO prenne en compte, lors de l'appréciation du caractère distinctif, l'usage du motif dans la forme particulière envisagée. Ainsi que l'EUIPO l'a souligné, lors de l'audience, il ne peut, cependant, pas fonder la décision concernant l'enregistrement d'une marque, ou concernant la protection d'une marque internationale dans l'Union, sur de simples promesses d'un demandeur d'utiliser la marque d'une certaine manière.

83 Il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas peu probable que les chaussures présentent un motif de surface, soit à des fins esthétiques, soit à des fins techniques. C'est donc à juste titre que la chambre de recours a appliqué la jurisprudence relative aux signes qui se confondent avec l'apparence des produits aux « chaussures, y compris chaussures confort et chaussures pour le travail, les activités de détente, la santé du pied et le sport, y compris sandales, sandales pour tonifier les muscles inférieurs,

tongs, chaussons, sabots, également dotés de lits de pied, en particulier lits de pied profonds, anatomiques et moulés, dispositifs de maintien du pied ainsi que garnitures intérieures plantaires et pour chaussures, garnitures intérieures de protection » compris dans la classe 25.

84 Ensuite, en ce qui concerne les « parties et garnitures des articles chaussants précités, à savoir empeignes, talonnettes, semelles extérieures, semelles intérieures, parties de dessous de chaussures, y compris lits de pied, dispositifs de maintien du pied », compris dans la classe 25, il convient de relever ce qui suit.

85 Il n'est pas peu probable que les parties et garnitures des chaussures présentent un motif de surface. En ce qui concerne les « semelles extérieures », un motif de surface, appliqué en relief, peut servir à améliorer l'adhérence de la chaussure au sol. Pour ce qui est des « talonnettes », les mêmes considérations s'appliquent. Ensuite, en ce qui concerne les « empeignes », un motif de surface peut être appliqué à des fins décoratives.

86 S'agissant des « semelles intérieures, parties de dessous de chaussures, y compris lits de pied, dispositifs de maintien du pied », ils peuvent présenter un motif de surface sur leur partie supérieure à des fins décoratives. Certes, les semelles intérieures ne sont pas visibles lorsqu'une chaussure est portée. Il s'agit, cependant, de parties qui sont visibles pour l'utilisateur des chaussures lorsqu'il les chausse ou les enlève. La requérante a d'ailleurs admis, dans la réplique, que les semelles intérieures des chaussures peuvent présenter des motifs tels que des fleurs ou des empreintes d'animaux. Le seul fait que la semelle intérieure ne soit pas visible lorsqu'une chaussure est portée n'empêche donc pas que des motifs décoratifs soient appliqués sur celle-ci. Un tel usage n'est pas peu probable.

87 Les semelles intérieures peuvent également comporter un motif de surface en relief sur leur partie inférieure à des fins techniques, afin d'empêcher que la semelle glisse dans la chaussure. Un tel usage n'est pas non plus peu probable.

88 Les considérations figurant aux points 86 et 87 ci-dessus valent également pour les « garnitures intérieures plantaires et pour chaussures, en particulier lits de pied profonds, anatomiques et moulés, en particulier en liège naturel, liège thermique, matières plastiques, latex ou matières plastiques alvéolaires, y compris en tant qu'éléments élastiques en liège et latex ou en plastique et liège » et les « semelles intérieures », compris dans la classe 25.

89 De plus, les considérations figurant aux points 70, 83 et 85 à 87 ci-dessus s'appliquent également aux « articles chaussants, y compris chaussures et sandales, bottes, ainsi que parties et garnitures de tous les produits précités, comprises dans cette classe », compris dans la classe 25.

90 C'est donc à juste titre que la chambre de recours a appliqué la jurisprudence relative aux signes qui se confondent avec l'apparence des produits aux produits suivants, compris dans la classe 25 : « parties et garnitures des articles chaussants précités, à savoir empeignes, talonnettes, semelles extérieures, semelles intérieures, parties de dessous de chaussures, y compris lits de pied, dispositifs de maintien du pied » ; « garnitures intérieures plantaires et pour chaussures, en particulier lits de pied profonds, anatomiques et moulés, en particulier en liège naturel, liège thermique, matières plastiques, latex ou matières plastiques alvéolaires, y compris en tant qu'éléments élastiques en liège et latex ou en plastique et liège » ; « semelles intérieures » et « articles chaussants, y compris chaussures et sandales, bottes, ainsi que parties et garnitures de tous les produits précités, comprises dans cette classe ».

91 Les considérations relatives aux chaussures et à leurs parties et garnitures, figurant aux points 70, 83 et 85 à 87 ci-dessus, s'appliquent également aux articles chaussants compris dans la classe 10. En effet, les chaussures orthopédiques, comprises dans la classe 10, peuvent, tout comme les chaussures comprises dans la classe 25, présenter un motif de surface à des fins décoratives sur les empeignes ou à des fins techniques sur la semelle extérieure. En ce qui concerne les parties et garnitures des chaussures orthopédiques, les considérations figurant aux points 84 à 87 ci-dessus s'appliquent.

92 C'est donc à juste titre que la chambre de recours a appliqué la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits pour les produits suivants, compris dans la classe 10 : les « articles chaussants orthopédiques, y compris articles chaussants orthopédiques pour la rééducation, la physiothérapie du pied, à usage thérapeutique et conçus pour d'autres applications médicales, ainsi que leurs parties, y compris chaussures orthopédiques, y compris chaussures orthopédiques dotées de lits de pied ou de dispositifs orthopédiques pour le maintien du pied ainsi que de garnitures intérieures orthopédiques plantaires et pour chaussures, y compris dispositifs orthopédiques pour le maintien du pied et garnitures intérieures orthopédiques pour chaussures ainsi que leurs parties, y compris garnitures intérieures thermoplastiques rigides », les « éléments de chaussures et garnitures de chaussures pour l'adaptation de chaussures orthopédiques, en particulier garnitures, semelles compensées, coussinets, semelles intérieures, rembourrages en mousse, coussinets en mousse et semelles de chaussures moulées, y compris en tant que garnitures intérieures entièrement en matières plastiques et lits de pied orthopédiques en liège naturel, liège thermique, matières plastiques, latex ou matières plastiques alvéolaires, y compris en tant qu'éléments élastiques en liège et latex ou en plastique et liège », les « garnitures intérieures orthopédiques plantaires et pour chaussures », les « dispositifs orthopédiques pour le maintien du pied et de la chaussure », les « articles chaussants orthopédiques, en particulier chaussons et sandales orthopédiques » et les « semelles intérieures orthopédiques, garnitures intérieures, y compris garnitures intérieures en matières plastiques, latex ou matières plastiques alvéolaires, y compris en tant qu'éléments élastiques en liège et latex ou en plastique et liège ».

93 Ensuite, il convient d'examiner la question de savoir si c'est à juste titre que la chambre de recours a appliqué la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits pour les autres produits relevant de la classe 10 visés par la marque internationale.

94 En ce qui concerne les « appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires », la chambre de recours a relevé à juste titre que ceux-ci peuvent présenter un motif de surface en relief appliqué sur une manche, donc sur une partie de leur surface, pour des raisons techniques, à savoir pour permettre une préhension plus sûre et plus précise. Il y a lieu de constater qu'un tel usage n'est pas peu probable.

95 Les « articles orthopédiques », relevant de la classe 10, constituent une vaste catégorie de produits. Pour certains d'entre eux, il n'est pas peu probable qu'ils présentent un motif de surface en relief à des fins techniques, à savoir pour améliorer la préhension.

96 C'est donc à juste titre que la chambre de recours a appliqué la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits aux « appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires » et aux « articles orthopédiques », relevant de la classe 10.

97 En revanche, en ce qui concerne les « membres, yeux et dents artificiels », relevant de la classe 10, il y a lieu de constater qu'il est peu probable qu'ils présentent un motif de surface. En effet, ces produits sont généralement conçus pour avoir un aspect le plus naturel possible et le fait d'y appliquer un motif de surface serait contre-productif.

98 Dans la décision attaquée, la chambre de recours s'est fondée sur la circonstance que ces produits seraient avantageusement vendus dans un emballage présentant un motif de surface en relief pour permettre une préhension plus sûre et plus précise.

99 Se pose la question de savoir si l'usage éventuel d'un motif de surface sur l'emballage des « membres, yeux et dents artificiels » est suffisant pour appliquer la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits. Il convient de relever, tout d'abord, qu'il s'agit de produits fabriqués sur mesure et qui doivent donc être commandés. Ils sont généralement commandés par des professionnels de santé. La chambre de recours a, d'ailleurs, relevé, au point 19 de la décision attaquée, que ces produits s'adressaient aux professionnels de santé.

100 Il convient, en outre, de relever qu'il est, certes, probable que ces produits soient livrés dans un emballage afin d'éviter qu'ils soient endommagés lors du transport et afin de les protéger jusqu'à leur mise en place. Il convient, toutefois, de constater qu'il s'agit de produits qui sont mis en place dès que possible après avoir été livrés. Étant donné qu'ils sont fabriqués sur mesure, ils ne sont pas destinés à être stockés.

101 S'agissant de l'affirmation de la chambre de recours, figurant au point 34 de la décision attaquée, selon laquelle les « membres, yeux et dents artificiels » seraient avantageusement « vendus » dans un emballage comportant un motif de surface en relief, il convient de relever que ces produits, nécessairement fabriqués sur mesure, sont plutôt « livrés » dans un emballage que « vendus » dans un emballage.

102 Il y a lieu de considérer que l'usage potentiel d'un motif de surface sur l'emballage de ces produits n'est pas suffisant afin de considérer que ce motif de surface se confond avec l'apparence de ces produits, car l'emballage doit être considéré comme un simple emballage de transport.

103 Lors de l'audience, l'EUIPO a fait valoir que l'utilisateur doit ranger ces produits lorsqu'ils ne sont pas utilisés et qu'il pourrait le faire dans leur emballage d'origine. Ce faisant, il a, en substance, affirmé qu'il ne s'agit pas d'un simple emballage de transport, mais d'un emballage que le professionnel de santé ayant mis en place les membres, yeux et dents artificiels donne à l'utilisateur et qui est gardé par ce dernier.

104 Toutefois, en ce qui concerne les yeux artificiels, il y a lieu de relever qu'ils sont utilisés en permanence après avoir été mis en place.

105 S'agissant des dents artificielles, il convient de relever que, lorsque celles-ci ne sont pas fixes, mais qu'elles peuvent être enlevées, elles sont normalement conservées dans un verre d'eau ou dans un contenant spécial destiné à être rempli d'eau. Il ne serait pas pratique de les conserver dans leur emballage d'origine, car un tel emballage ne peut normalement pas être rempli d'eau.

106 En ce qui concerne les membres artificiels, l'EUIPO n'a soulevé aucun argument permettant de considérer que l'utilisateur reçoit l'emballage d'origine de la part du professionnel de santé les ayant mis en place et les conserve dans leur emballage d'origine lorsqu'ils ne sont pas utilisés.

107 L'argument soulevé par l'EUIPO à cet égard lors de l'audience ne saurait donc être retenu.

108 Pour les « membres, yeux et dents artificiels », c'est donc à tort que la chambre de recours a appliqué la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits. En effet, pour ces produits, l'apparence de l'emballage ne saurait être considérée comme se confondant avec l'apparence des produits, de sorte que la possibilité qu'un motif de surface soit utilisé sur l'emballage ne saurait être considérée comme suffisante afin d'appliquer cette jurisprudence.

109 Ensuite, en ce qui concerne les produits « matériel de suture ; matériel de suture à usage chirurgical », il convient de relever qu'il est peu probable que ces produits présentent en eux-mêmes un motif de surface, et que la chambre de recours n'a pas fondé son raisonnement sur un possible usage d'un motif de surface sur ces produits eux-mêmes.

110 La chambre de recours a considéré, au point 34 de la décision attaquée, que ces produits étaient des produits médicaux qui devaient être manipulés avec un soin particulier et qu'ils seraient donc avantageusement vendus dans un emballage possédant un motif de surface afin de permettre une préhension plus sûre et plus précise.

111 Cependant, ces considérations ne sauraient être retenues. En effet, le matériel de suture n'est pas fragile, de sorte qu'il ne paraît pas avantageux de le vendre dans un emballage possédant un motif de surface en relief afin de permettre une préhension plus sûre. Au vu de la nature de ces produits médicaux, il semble d'ailleurs peu probable que leur emballage présente un motif de surface à des fins décoratives, et la chambre de recours n'a d'ailleurs pas fondé son raisonnement sur un éventuel usage d'un motif de surface à des fins décoratives sur l'emballage du matériel de suture.

112 Il est donc peu probable que les produits « matériel de suture ; matériel de suture à usage chirurgical » présentent un motif de surface soit sur les produits eux-mêmes, soit sur leur emballage. Pour cette raison, c'est à tort que la chambre de recours a appliqué la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits aux produits « matériel de suture ; matériel de suture à usage chirurgical ».

113 Ensuite, en ce qui concerne les « vêtements, articles de chapellerie » et les « ceintures », les « châles » et les « fichus », compris dans la classe 25, il y a lieu de constater qu'il s'agit d'articles relevant du secteur de la mode. Ceux-ci présentent souvent des motifs de surface à des fins décoratives. L'affirmation de la requérante selon laquelle les ceintures ne sont, en règle générale, revêtus d'aucun motif, sauf sur la boucle, ne saurait être retenue. C'est un fait notoire que les ceintures présentent souvent des motifs de surface à des fins décoratives. En tout état de cause, il n'est pas peu probable qu'elles présentent un motif de surface.

114 C'est donc à juste titre que la chambre de recours a appliqué la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits aux produits suivants, relevant de la classe 25 : « vêtements, articles de chapellerie », « ceintures », « châles » et « fichus ».

115 Ensuite, s'agissant des produits visés par la marque internationale compris dans la classe 18, il convient de relever ce qui suit.

116 Concernant les produits « malles et sacs de voyage » et « porte-monnaie ; sacs ; sacs à main ; étuis à documents ; sacs banane ; sacs-housses de voyage pour vêtements ; étuis porte-clés (articles de maroquinerie) ; mallettes pour produits de beauté ; trousses de toilette, coffrets destinés à contenir des articles de toilette dits "vanity cases" ; sacs de voyage ; sacs à dos », il convient de relever qu'il s'agit d'articles qui peuvent remplir, au-delà de leur fonction première, une fonction esthétique commune en contribuant à l'image extérieure du consommateur concerné [voir, en ce sens, arrêt du 6 novembre 2014, Vans/OHMI (Représentation d'une ligne ondulée), T-53/13, EU:T:2014:932, point 54 (non publié)].

117 Comme le Tribunal l'a déjà jugé, les différents produits de bagagerie et de maroquinerie, relevant de la classe 18, peuvent être considérés comme relevant du secteur de la mode au sens large du terme [voir arrêt du 6 novembre 2014, Représentation d'une ligne ondulée, T-53/13, EU:T:2014:932, point 55 (non publié) et jurisprudence citée].

118 Les produits « parapluies, parasols et bâtons de marche » peuvent être également considérés comme relevant du secteur de la mode au sens large du terme, dans la mesure où ils peuvent être utilisés par le consommateur pour donner une certaine image extérieure [voir, en ce sens, arrêt du 6 novembre 2014, Représentation d'une ligne ondulée, T-53/13, EU:T:2014:932, point 61 (non publié) et jurisprudence citée].

119 La marque internationale vise également les « cuir et imitations de cuir, ainsi que produits en ces matières compris dans cette classe », relevant de la classe 18. En ce qui concerne ces derniers produits, à savoir les produits en cuir et imitations de cuir compris dans la classe 18, il y a lieu de constater qu'ils sont également généralement des articles de mode.

120 En outre, il convient de relever que tant les articles de mode au sens large du terme que les « fouets, harnais et articles de sellerie » sont susceptibles d'être ornés de différentes formes de décorations [voir, en ce sens, arrêt du 6 novembre 2014, Représentation d'une ligne ondulée, T-53/13, EU:T:2014:932, point 62 (non publié)].

121 Il n'est donc pas peu probable que ces produits présentent des motifs de surface à des fins décoratives.

122 En outre, la chambre de recours a relevé, à juste titre, que les produits mentionnés aux points 116 et 118 à 120 ci-dessus étaient habituellement conçus pour être portés par le consommateur grâce à une poignée ou à d'autres parties. Ainsi, il n'est pas peu probable que ces produits présentent un motif en surface en relief sur ces parties respectives pour améliorer leur préhension.

123 En ce qui concerne les produits « cuir et imitations de cuir », il y a également lieu de constater qu'ils peuvent présenter des motifs de surface à des fins décoratives. Ainsi que l'EUIPO l'a relevé, lors de l'audience, sans être contredite sur ce point par la requérante, les produits « cuir et imitations de cuir » incluent des produits ouvrés. Il n'est donc pas peu probable que ces produits présentent des motifs de surface à des fins décoratives.

124 En revanche, les termes « cuirs d'animaux, pelleteries » (dans la version anglaise, « animal skins, hides », et, dans la version allemande, « Häute und Felle ») désignent des produits dans un état brut qui ne présentent pas un motif de surface, ainsi que la requérante l'a à juste titre relevé. En ce qui concerne les « pelleteries », il convient, en outre, de relever qu'il s'agit de peaux d'animaux recouvertes de poils. Il est difficilement concevable qu'un motif de surface puisse être appliqué sur une peau d'animal recouverte de poils.

125 Il convient, en outre, de relever que, dans le cas où les « cuirs d'animaux, pelleteries » sont livrés dans un emballage, il s'agit normalement d'un simple emballage de transport. La possible utilisation d'un motif de surface sur un tel emballage n'implique pas que le signe en cause se confond avec l'apparence des produits « cuirs d'animaux, pelleteries ».

126 En ce qui concerne les « cuirs d'animaux, pelleteries », c'est donc à tort que la chambre de recours a appliqué la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits.

127 En revanche, s'agissant des autres produits relevant de la classe 18, c'est à juste titre que la chambre de recours a appliqué cette jurisprudence.

128 Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler la décision attaquée en ce qui concerne les produits suivants : « membres, yeux et dents artificiels », « matériel de suture ; matériel de suture à usage chirurgical » et « cuirs d'animaux, pelleteries ». En effet, pour ces produits, c'est à tort que la chambre de recours a appliqué la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits, de sorte qu'elle s'est fondée sur de mauvais critères d'examen.

Sur la prétendue divergence significative entre le signe en cause et la norme et les habitudes des secteurs concernés

129 En ce qui concerne les autres produits visés par la marque internationale, il convient d'examiner si c'est à juste titre que la chambre de recours a considéré que le signe en cause ne divergeait pas de manière significative des normes ou des habitudes des secteurs concernés.

130 Ainsi que la chambre de recours l'a relevé, le signe en cause est constitué de lignes ondulées horizontales et verticales qui se croisent et qui ont une forme identique.

131 Il s'agit d'un motif simple, constitué d'une simple combinaison de lignes ondulées, entrecroisées de façon répétée. Ainsi que la chambre de recours l'a relevé, l'impression d'ensemble produite par ce signe reste banale et ne représente pas plus que la somme des éléments qui composent le signe.

132 L'affirmation de la requérante, selon laquelle les formes constituant le signe sont déjà inhabituelles prises isolément, et selon laquelle, dans l'impression d'ensemble produite par celui-ci, le motif est original et inhabituel, ne saurait être retenue. Il convient de constater que la requérante se limite à une affirmation générale à cet égard, sans fournir des éléments probants à même d'établir ce qui pourrait être considéré comme « original » et « inhabituel » dans la simple combinaison de lignes ondulées.

133 En outre, ainsi que la chambre de recours l'a relevé, l'expérience générale montre que les motifs appliqués en surface se caractérisent par une infinité de dessins différents. C'est également à juste titre qu'elle a relevé que les éléments des motifs appliqués en surface étaient souvent des formes géométriques simples comme des points, des cercles, des rectangles ou des lignes, ces dernières pouvant être droites ou monter et descendre en zigzags ou en vagues.

134 La chambre de recours a considéré que l'impression d'ensemble produite par le signe examiné ne divergeait pas de manière significative, voire ne divergeait pas du tout, des habitudes des secteurs concernés et que le public pertinent percevrait donc le signe en cause comme un simple motif de surface et non pas comme l'indication d'une origine commerciale particulière.

135 À cet égard, la requérante fait valoir que la chambre de recours ne fournit aucune preuve à l'appui de son affirmation selon laquelle le signe en cause ne diverge pas de manière significative d'autres motifs de surface utilisés dans le commerce pour les produits en cause. Selon elle, le signe en cause ou des signes semblables ne sont pas utilisés pour les produits en cause. Elle affirme que, contrairement à ce qu'a considéré la chambre de recours, il ne pourrait être présumé que le signe en cause ou un signe semblable est habituellement utilisé, à des fins décoratives ou techniques, sur les produits en cause.

136 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, dans la mesure où une partie requérante se prévaut du caractère distinctif d'une marque demandée, en dépit de l'analyse de l'EUIPO, c'est à elle qu'il appartient de fournir des indications concrètes et étayées établissant que la marque demandée est dotée soit d'un caractère distinctif intrinsèque, soit d'un caractère distinctif acquis par l'usage (arrêt du 25 octobre 2007, Develey/OHMI, C-238/06 P, EU:C:2007:635, point 50). Cela se justifie par la circonstance qu'elle est beaucoup mieux à même de le faire, au vu de sa connaissance approfondie du marché [arrêt du 29 juin 2015, Grupo Bimbo/OHMI (Forme d'une tortilla mexicaine), T-618/14, non publié, EU:T:2015:440, point 32].

137 S'agissant de l'argument de la requérante selon lequel la chambre de recours n'aurait pas dû se limiter à des affirmations générales concernant l'ensemble des produits ou services, mais qu'elle aurait dû faire concrètement référence aux différents produits en cause, il convient de relever ce qui suit.

138 En l'espèce, la chambre de recours a effectué, aux points 33 à 36 de la décision attaquée, un examen du caractère distinctif du signe en cause pour les divers produits en cause. Il convient, en outre, de relever, d'une part, que c'est à juste titre que la chambre de recours a constaté que les motifs appliqués en surface se caractérisaient par une infinité de dessins différents et, d'autre part, que ce constat ne se limite pas à un secteur déterminé.

139 Il est, certes, vrai, ainsi que le souligne la requérante, que la chambre de recours n'a pas fourni d'exemples concrets d'autres motifs de surface utilisés dans le commerce pour les produits en cause qui sont semblables au signe en cause. Il convient, toutefois, de relever que la chambre de recours n'est pas tenue de fournir de tels exemples. En effet, d'une part, lorsque la chambre de recours se fonde sur des faits qui résultent de l'expérience pratique généralement acquise de la commercialisation des produits en cause et sont susceptibles d'être connus de toute personne, elle

n'est pas tenue de fournir des exemples concrets (voir, en ce sens, arrêt du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, EU:C:2006:422, point 54). D'autre part, si le fait pour une marque d'être susceptible d'être communément utilisée dans le commerce pour présenter les produits ou les services concernés est un critère pertinent dans le cadre de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 207/2009, ce critère n'est pas celui à l'aune duquel l'article 7, paragraphe 1, sous b), du même règlement doit être appliqué [voir arrêt du 28 septembre 2010, Rosenruist/OHMI (Représentation de deux courbes sur une poche), T-388/09, non publié, EU:T:2010:410, point 37 et jurisprudence citée].

140 L'argument de la requérante selon lequel elle est la seule entreprise qui utilise le signe en cause n'est pas à même d'établir l'existence d'une divergence significative entre le signe en cause et les normes et les habitudes des secteurs concernés.

141 En l'espèce, la requérante n'a pas fourni d'éléments susceptibles de remettre en cause le constat de la chambre de recours selon lequel, en substance, au vu de la banalité du signe en cause et de l'infinité des dessins différents utilisés comme motifs de surface, il n'existe pas de divergence significative entre l'impression d'ensemble produite par le signe en cause et la norme ou les habitudes des secteurs concernés.

142 La requérante souligne qu'elle a présenté, lors de la procédure administrative, plusieurs centaines d'images représentant des produits, sur lesquels aucun motif qui soit identique ou semblable à celui du signe en cause ne pourrait être distingué.

143 À cet égard, il ressort du dossier de l'EUIPO que la requérante a présenté, lors de la procédure administrative, des résultats de recherches (images) effectuées sur le moteur de recherche *Google* pour les mots clés suivants : « shoes » (chaussures) et « shoes logos » (logos de chaussures). Pour les produits autres que les chaussures, la requérante n'a pas fourni d'exemples lors de la procédure administrative.

144 Il y a lieu de relever que, parmi les images de chaussures présentées par la requérante, il n'y a presque pas d'images sur lesquelles figurent des semelles extérieures de chaussures. Ces images ne sont donc pas aptes à fournir des indications sur les motifs de surface qui sont utilisés, dans le commerce, sur les semelles extérieures des chaussures. Étant donné qu'un motif de surface peut être notamment appliqué en relief sur la semelle extérieure d'une chaussure, afin d'en améliorer l'adhérence (voir point 70 ci-dessus), les images fournies par la requérante ne sont pas aptes à établir l'existence d'une divergence significative entre le signe en cause et les normes et les habitudes du secteur des chaussures.

145 Dans la requête, la requérante a également présenté quelques images de semelles intérieures de chaussures. Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité de ces éléments de preuve, qui ont été présentés pour la première fois devant le Tribunal, il convient de relever que, en tout état de cause, ces images ne sont pas aptes à établir l'existence d'une divergence significative entre le signe en cause et les normes et les habitudes du secteur concerné. En effet, la totalité des images montre la partie supérieure des semelles intérieures. La chambre de recours a, cependant, relevé, à juste titre, que les semelles intérieures pouvaient présenter un motif de surface afin d'améliorer l'adhérence, notamment, de la semelle intérieure à la chaussure. Des images qui ne montrent pas la partie inférieure des semelles intérieures ne sont donc pas à même d'établir l'existence d'une divergence significative entre le signe en cause et les normes et les habitudes du secteur concerné.

146 Pour les autres produits en cause, la requérante n'a pas fourni d'images visant à établir les normes et les habitudes des secteurs concernés. Elle se limite à des affirmations générales selon lesquelles les motifs de surface ne sont pas habituels pour ces produits ou selon lesquelles les motifs de surface présents sur le marché ne seraient pas semblables au signe en cause.

147 Ces affirmations ne sont pas à même d'établir l'existence d'une divergence significative entre le signe en cause et les normes et les habitudes des secteurs concernés.

148 S'agissant de l'argument de la requérante selon lequel, dans le domaine de la classe 25, des logos et des motifs géométriques servent régulièrement d'indication d'origine, il convient de relever, tout d'abord, qu'aucun des exemples fournis par la requérante aux points 14 et 15 de la réplique ne concerne une séquence répétitive d'éléments présentant les caractéristiques d'un motif de surface.

149 Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence que, si l'apparence des produits dans un secteur donné, ou celle d'un élément de ces produits, sert à en indiquer le fabricant, c'est seulement parce que l'apparence d'un nombre suffisant de ces produits ou d'éléments de ces produits diverge de manière significative de la norme ou des habitudes dudit secteur. Cela ne signifie nullement que l'apparence d'un produit ou d'un élément d'un produit du même secteur qui, en ce qui le concerne, ne diverge pas de manière significative de cette norme serait de nature à indiquer l'origine de ce produit au public pertinent (ordonnance du 13 septembre 2011, Wilfer/OHMI, C-546/10 P, non publiée, EU:C:2011:574, point 56).

150 En outre, la circonstance que certains signes soient reconnus en tant que marque par les consommateurs ne signifie pas nécessairement qu'ils sont pourvus d'un caractère distinctif intrinsèque. Il est en effet possible pour une marque d'acquérir un caractère distinctif à travers son usage dans le temps (voir, en ce sens, arrêt du 28 septembre 2010, Représentation de deux courbes sur une poche, T-388/09, non publié, EU:T:2010:410, point 33).

151 Les considérations figurant aux points 149 et 150 ci-dessus valent également en ce qui concerne l'argument de la requérante selon lequel, pour les chaussures, les consommateurs sont habitués à ce que le fabricant désigne toujours ses produits avec la même marque apposée à certains endroits.

152 Enfin, s'agissant de l'argument de la requérante, soulevé lors de l'audience, selon lequel elle dispose du droit d'obtenir l'enregistrement de la marque lorsque celle-ci dispose d'un caractère distinctif, il suffit de constater que ce fait n'empêche pas que l'examen effectué lors de la demande d'enregistrement d'une marque, ou lors de l'examen d'une demande d'extension de la protection d'une marque internationale pour l'Union, doit être strict et complet afin d'éviter que des marques ne soient enregistrées ou protégées dans l'Union de manière indue. Il n'existe pas de présomption en faveur du caractère enregistrable d'une marque [arrêt du 11 juin 2009, Baldesberger/OHMI (Forme d'une pincette), T-78/08, non publié, EU:T:2009:199, point 36].

153 En l'espèce, il y a lieu de considérer que, au vu de la banalité du signe en cause et de l'infinité des dessins différents utilisés comme motifs de surface, la chambre de recours a constaté à juste titre qu'il n'existait pas de divergence significative entre le signe en cause et la norme ou les habitudes des secteurs concernés. C'est donc à bon droit qu'elle a constaté que le public pertinent percevrait le signe comme un simple motif de surface, appliqué à des fins décoratives ou techniques, et non pas comme l'indication d'une origine commerciale particulière.

154 Il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler la décision attaquée en ce qui concerne les produits suivants : « membres, yeux et dents artificiels », « matériel de suture ; matériel de suture à usage chirurgical » (classe 10) et « cuirs d'animaux, pelleteries » (classe 18) (voir point 128 ci-dessus).

155 En revanche, en ce qui concerne les autres produits visés par la marque internationale, il y a lieu de rejeter le moyen unique soulevé par la requérante et, partant, de rejeter le recours.

Sur les dépens

156 Selon l'article 134, paragraphe 3, du règlement de procédure du Tribunal, si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs, chaque partie supporte ses propres dépens. Toutefois, si cela apparaît justifié au vu des circonstances de l'espèce, le Tribunal peut décider que, outre ses propres dépens, une partie supporte une fraction des dépens de l'autre partie.

157 En l'espèce, la décision attaquée étant annulée pour un nombre limité de produits, il apparaît justifié de décider que la requérante supportera, outre ses propres dépens, la moitié des dépens de l'EUIPO. L'EUIPO supportera la moitié de ses propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (cinquième chambre)

déclare et arrête :

1) **La décision de la première chambre de recours de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) du 15 mai 2014 (affaire R 1952/2013-1) est annulée en ce qui concerne les produits suivants : « membres, yeux et dents artificiels », « matériel de suture ; matériel de suture à usage chirurgical » et « cuirs d'animaux, pelleteries ».**

2) **Le recours est rejeté pour le surplus.**

3) **Birkenstock Sales GmbH supportera, outre ses propres dépens, la moitié des dépens exposés par l'EUIPO. L'EUIPO supportera la moitié de ses propres dépens.**

Dittrich Schwarcz Tomljenović

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 9 novembre 2016.

Signatures