ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

22 juin 2006 *

Dans l'affaire C-24/05 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'un bonbon) (T-396/02, 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 quatrième chambre de recours de l'Office

de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) du 14 octobre 2002 (affaire R 187/2001-4) (ci-après la «décision litigieuse»), refusant l'enregistrement d'une marque tridimensionnelle constituée par la forme d'un bonbon de couleur marron clair.

Le cadre juridique

2 Le règlement (CE) nº 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;

[...]

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 tridimensionnelle correspondant à l'apparence d'un bonbon de couleur marron clair, reproduite ci-après:



6 Les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé sont les «confiseries» 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 25 janvier 2001, l'examinateur 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 quatrième chambre de recours de l'OHMI a confirmé la décision de l'examinateur. En substance, elle a estimé que la combinaison de forme et de couleur constitutive de la marque demandée ne permettait pas intrinsèquement de fournir d'indication quant à l'origine des produits en cause, à savoir les confiseries. En outre, elle a considéré que les éléments avancés par la requérante ne prouvaient pas que cette marque eût acquis un caractère distinctif à l'égard, notamment, des bonbons au caramel 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 deux 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 considéré, aux points 39 à 45 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:

«39 En l'espèce, la chambre de recours a considéré, à juste titre, que, s'agissant de produits de consommation largement répandus, comme ceux en cause dans la présente affaire, 'le consommateur n'attachera pas beaucoup d'attention à la forme et à la couleur des confiseries' et que, dès lors, 'il est improbable que le choix du consommateur moyen soit dicté par la forme du bonbon' (point 12 de la décision [litigieuse]).

40 En outre, la chambre de recours a démontré à suffisance de droit qu'aucune des caractéristiques de forme de ladite marque, prise seule ou en combinaison avec les autres, ne possède de caractère distinctif. À cet égard, elle a, tout d'abord, estimé que, '[p]resque ronde, la forme en question, évoquant un cercle [...], est une forme géométrique de base' et que le consommateur moyen a 'l'habitude de rencontrer des confiseries, y compris des bonbons, de forme ronde (circulaire, ovale, elliptique ou cylindrique)'. En ce qui concerne, ensuite, les bords supérieurs bombés du bonbon, elle a considéré que 'les bonbons ont des bords bombés, quelle que soit leur configuration', et ce pour des raisons fonctionnelles. Pour ce qui est, enfin, de l'enfoncement circulaire au centre du bonbon et de sa face intérieure plane, la chambre de recours a conclu que 'ces éléments n'altèrent pas substantiellement l'impression d'ensemble produite par la forme' et que, dès lors, '[i]l est improbable que le consommateur concerné soit attentif à ces deux caractéristiques au point de les percevoir comme lui [indiquant] une certaine origine commerciale' (point 13 de la décision [litigieuse]).

41 Quant à la couleur du produit en cause, à savoir le marron ou les différents tons de celui-ci, la chambre de recours a également relevé qu'il s'agissait d'une 'couleur usuelle pour des bonbons' (point 13 de la décision [litigieuse]). En effet, il y a lieu de constater que le public concerné est habitué à la présence de cette couleur pour les confiseries.

42 Il s'ensuit que la forme tridimensionnelle dont l'enregistrement a été demandé est une forme géométrique de base figurant parmi les formes venant naturellement à l'esprit du consommateur pour des produits de consommation courante tels que les bonbons.

43 Dans ces conditions, l'argument de la requérante tiré de l'existence de différences prétendument considérables entre la forme et la couleur de la marque demandée et celles des autres confiseries doit être écarté.

44 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que la marque tridimensionnelle demandée est constituée par une combinaison d'éléments de présentation venant naturellement à l'esprit et qui sont typiques des produits concernés. En effet, la forme en cause ne se différencie pas substantiellement de certaines formes de base des produits concernés, qui sont communément utilisées dans le commerce, mais elle apparaît plutôt comme une variante de celles-ci. Les différences alléguées n'étant pas facilement perceptibles, il s'ensuit que la forme en cause ne se distingue pas suffisamment d'autres formes communément utilisées pour les bonbons et qu'elle ne permettra pas au public pertinent de distinguer de façon immédiate et certaine les bonbons de la requérante de ceux ayant une autre origine commerciale.

45 Dès lors, 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 les distinguer de ceux ayant une autre origine commerciale. Partant, elle est dépourvue de caractère distinctif par rapport à ces produits.»

11 Sur le second moyen, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, le Tribunal a jugé, aux points 61 à 67 de l'arrêt attaqué, que la chambre de

recours n'avait pas commis d'erreur de droit en considérant que la requérante n'avait pas démontré que la marque demandée eût acquis un caractère distinctif résultant de l'usage qui en avait été fait, pour les motifs suivants:

«61 Premièrement, les arguments de la requérante tirés des données sur les chiffres de vente et sur les frais publicitaires élevés engagés pour promouvoir le bonbon au caramel 'Werther's Original' ('Werther's Echte') ne sont pas de nature à démontrer que la marque demandée a acquis un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait.

62 En effet, si la chambre de recours a reconnu que les chiffres d'affaires et les données relatives aux frais publicitaires attestaient que le type de bonbon en cause était largement répandu sur le marché, elle a néanmoins considéré que ces informations ne constituaient pas la preuve, pourtant essentielle, que le signe demandé était utilisé en tant que marque tridimensionnelle pour désigner les bonbons de la requérante (point 16 de la décision [litigieuse]).

63 Aux points 17 à 21 de la décision [litigieuse], la chambre de recours a justifié cette appréciation de la manière suivante:

"17. La requérante a présenté des échantillons de ses sachets en matière plastique servant de conditionnement à ses bonbons en soutenant que la forme qui s'y trouve reproduite constitue une 'référence centrale et un point de repère' pour le consommateur. D'après elle, cet usage serait la preuve que la forme fait l'objet d'une publicité en tant que marque du produit et que c'est dans ce sens qu'elle sera perçue par le consommateur. La chambre de recours se voit obligée de réfuter ce point de vue. En effet, il y a une discordance entre les déclarations de la requérante et la manière dont les bonbons apparaissent globalement sur le sachet.

18. S'il est bien exact que les bonbons de forme brune tels que les a présentés la requérante apparaissent sur le conditionnement, il convient néanmoins d'examiner la finalité de cette reproduction. Il ne peut s'agir d'un examen abstrait. Au contraire, il doit envisager la manière probable dont le consommateur moyen perçoit la reproduction des bonbons telle qu'elle figure sur le conditionnement.

19. Or, confronté à un sachet de bonbons de la requérante, le consommateur en question aperçoit tout d'abord le nom 'Werther's Original' qui, écrit en lettres de grande taille, occupe presque la moitié du sachet et est entouré d'éléments additionnels tels qu'un petit signe ovale portant le nom 'Storck' et le dessin stylisé d'un petit village en dessous duquel on peut lire 'Traditional Werther's Quality' [la qualité du Werther traditionnel]. La moitié inférieure du sachet montre une photo en couleurs représentant environ quinze bonbons pêle-mêle et leur légende: 'The classic candy made with real butter and fresh cream' [le bonbon classique au beurre et à la crème fraîche].

20. D'après les déclarations de la requérante, cette illustration correspond à la marque tridimensionnelle dont elle a sollicité l'enregistrement. Or, la chambre de recours conteste le bien-fondé de cette position. La manière dont les bonbons sont représentés sur le sachet n'est pas conforme à la manière traditionnelle de représenter une marque sur un produit. Il lui semble que la finalité de cette représentation est (plutôt) d'illustrer le contenu du sachet. En effet, contrairement aux allégations de la requérante, le sachet ne montre pas une forme, mais une image réaliste d'un tas de bonbons non emballés. Il est à noter que cette représentation ne vise pas à mettre en exergue les caractéristiques dont la requérante estime qu'elles confèrent à la marque un caractère distinctif (l'enfoncement central, la face inférieure plane et les bords bombés). C'est pour cette raison que la chambre de recours considère qu'il y a une discordance entre la manière dont les bonbons sont représentés sur l'emballage et l'allégation selon laquelle cette représentation serait une marque tridimensionnelle et serait perçue comme telle par le consommateur moyen. L'appréciation de la chambre de recours l'amène plutôt à juger probable que le consommateur verra uniquement l'image des bonbons comme une illustration du contenu du sachet. Illustrer les emballages sous une forme attrayante pour montrer l'aspect du produit ou les possibilités de le servir est un procédé largement répandu, dans

l'industrie des produits alimentaires, y compris dans l'industrie des confiseries, et il est dicté plus par la mercatique des produits que par le souci d'identifier les produits à l'aide de marques. La chambre de recours estime dès lors que l'image ne remplit pas la fonction d'une marque, mais qu'elle sert uniquement à illustrer le produit. La phrase accompagnant l'image, à savoir 'The classic candy made with real butter and fresh cream', confirme encore que telle sera la perception probable d'un acheteur de bonbons raisonnablement attentif. En effet, la phrase et l'image se complètent: la phrase décrit la nature des bonbons et l'image les montre. La chambre de recours concède à la requérante qu'un produit peut porter plusieurs marques en même temps. Il n'empêche qu'à son avis, fondé sur l'aspect des sachets servant de conditionnement aux bonbons de la requérante, la reproduction des bonbons sur ces derniers n'est pas conforme à la reproduction d'une marque.

21. Des considérations développées dans ce qui précède, force est de conclure que les chiffres d'affaires et les données chiffrées sur les frais publicitaires produits à titre de preuve prouvent certes que les bonbons 'Werther's' sont mis en vente sur le marché, mais pas que leur forme aurait été utilisée en tant que marque [...]"

64 Il n'y a pas lieu de remettre en cause les considérations qui précèdent. Le matériel publicitaire produit par la requérante ne contient aucune preuve de l'usage de la marque telle qu'elle a été demandée. En effet, sur toutes les images produites, la représentation de la forme et de la couleur revendiquées est accompagnée de signes verbaux et figuratifs. Partant, ce matériel ne saurait constituer la preuve de ce que le public concerné perçoit la marque demandée, en tant que telle et indépendamment des marques verbales et figuratives dont elle est accompagnée dans la publicité et lors de la vente des produits, comme indiquant l'origine commerciale des produits concernés [...]

65 Par ailleurs, il convient de relever que la requérante elle-même indique dans sa requête que le bonbon en question n'est pas vendu en vrac, mais dans un sachet de conditionnement où chaque bonbon est, en outre, emballé séparément. Il s'ensuit que, lors de la décision d'achat, le consommateur moyen ne saurait être

confronté directement à la forme du bonbon en cause lui permettant d'attribuer à celle-ci une fonction d'indicateur d'origine.

66 La même conclusion s'impose, deuxièmement, quant aux sondages soumis par la requérante à l'appréciation de la chambre de recours, pour démontrer le caractère distinctif de la marque demandée acquis par l'usage. En effet, il résulte clairement du point 21, in fine, de la décision [litigieuse] que la connaissance du bonbon commercialisé par la requérante, en tant que marque, a été établie non pas sur la base de la forme en cause, mais sur la base de son appellation 'Werther's'.»

12 Dès lors, le Tribunal a rejeté le recours de la requérante et l'a condamnée aux dépens.

Le pourvoi

13 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.

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

Sur le premier moyen

Argumentation des parties

15 Par son premier moyen, qui se divise en deux branches, la requérante fait valoir que le Tribunal a violé l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

16 En premier lieu, au point 44 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 substantiellement des présentations de bonbons communément utilisées dans le commerce et, partant, édicté des exigences plus strictes pour les marques tridimensionnelles que pour les marques verbales ou figuratives.

17 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.

18 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.

19 En second lieu, la chambre de recours et le Tribunal auraient omis de rechercher si la marque demandée possède en elle-même, indépendamment des présentations 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.

20 À cet égard, la requérante conteste l'affirmation du Tribunal, au point 39 de l'arrêt attaqué, selon laquelle il est improbable que le choix du consommateur moyen soit dicté par la forme du bonbon. Elle conteste également l'affirmation du Tribunal, au point 42 du même arrêt, selon laquelle la forme dont l'enregistrement est demandé en tant que marque est une forme géométrique de base.

21 L'OHMI répond, en premier lieu, que le Tribunal n'a nullement soumis la marque demandée à des critères plus stricts que ceux applicables aux marques verbales ou figuratives, 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.

22 En second 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

23 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).

24 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).

25 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).

26 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).

27 Dès lors, le Tribunal a, à bon droit, pris en considération les formes et couleurs de bonbons communément utilisées dans le commerce aux fins d'apprécier si la marque demandée est ou non dépourvue de caractère distinctif.

28 Au point 44 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a constaté que la forme de bonbon en cause «ne se différencie pas substantiellement de certaines formes de base des produits concernés, qui sont communément utilisées dans le commerce». Dans la mesure où l'exigence d'une différence substantielle va plus loin que la simple divergence significative qui est requise en vertu de la jurisprudence citée au point 26 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.

29 Tel n'est toutefois pas le cas. En effet, il ressort du même point de l'arrêt attaqué que le Tribunal s'est fondé sur le constat que la marque demandée est constituée par une combinaison d'éléments de présentation venant naturellement à l'esprit et qui sont typiques des produits concernés, qu'elle apparaît comme une variante de certaines formes de base communément utilisées dans le secteur des confiseries, que, les différences alléguées n'étant pas facilement perceptibles, elle ne se distingue pas suffisamment d'autres formes communément utilisées pour les bonbons et qu'elle ne permet pas au public pertinent de distinguer de façon immédiate et certaine les bonbons de la requérante de ceux ayant une autre origine commerciale.

30 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.

31 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.

32 La première branche du premier moyen doit donc être écartée comme non fondée.

33 S'agissant de la seconde branche du premier moyen, d'une part, ainsi qu'il résulte du point 27 du présent arrêt, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en prenant en considération les formes de bonbons communément utilisées dans le commerce aux fins d'apprécier si la marque demandée est ou non dépourvue de caractère distinctif.

34 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.

35 En effet, les constatations effectuées par le Tribunal aux points 39 à 42 de l'arrêt attaqué, selon lesquelles, d'une part, le niveau d'attention du consommateur moyen à l'égard de la forme et de la couleur des confiseries n'est pas élevé et, d'autre part, la forme tridimensionnelle dont est constituée la marque demandée est une forme géométrique de base, constituent des appréciations de nature factuelle (voir en ce sens, respectivement, arrêts précités Henkel/OHMI, point 56, et Deutsche SiSi-Werke/OHMI, point 47).

36 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).

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

Sur les deuxième et troisième moyens

Argumentation des parties

38 Par ses deuxième et troisième moyens, la requérante fait valoir que le Tribunal a violé, respectivement, l'article 74, paragraphe 1, du règlement nº 40/94, en vertu duquel l'OHMI procède à l'examen d'office des faits, et l'article 73 du même règlement, en vertu duquel les décisions de l'OHMI ne peuvent être fondées que sur des motifs sur lesquels les parties ont pu prendre position.

39 D'une part, l'article 74, paragraphe 1, du règlement nº 40/94 obligerait l'OHMI à instruire lui-même les faits sur lesquels il entend fonder sa décision. Ainsi, en ne présentant pas, comme elle aurait dû le faire, les exemples concrets de bonbons 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 aurait privé la requérante de la possibilité de contester la pertinence de ces exemples.

40 En approuvant ces allégations non étayées de la chambre de recours, au point 40 de l'arrêt attaqué, et en développant lui-même des affirmations similaires sans les fonder sur des faits susceptibles de vérification, aux points 41 et 42 du même arrêt, le Tribunal aurait violé l'article 74, paragraphe 1, du règlement nº 40/94.

41 D'autre part, faute pour la chambre de recours d'avoir présenté des 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 bonbons présentaient en réalité des différences décisives avec la marque demandée. Son droit à être entendue aurait ainsi été violé.

42 En approuvant les allégations de la chambre de recours sur lesquelles la requérante n'avait pas pu prendre position et en fondant sa propre décision sur ces allégations, le Tribunal aurait violé l'article 73 du règlement n° 40/94.

43 L'OHMI fait valoir que, la requérante ayant soulevé pour la première fois devant la Cour la violation des articles 73 et 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, les deuxième et troisième moyens doivent être déclarés irrecevables.

44 Il ajoute que, en tant que, par le troisième moyen, la requérante fait grief au Tribunal d'avoir violé ses droits de la défense, ce grief est mal fondé, car les constatations de la chambre de recours, contestées par la requérante, étaient au centre des débats devant ladite chambre et ont été de nouveau contestées par la requérante devant le Tribunal.

Appréciation de la Cour

45 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).

46 En l'espèce, la requérante n'a pas soutenu devant le Tribunal que la chambre de recours aurait violé les articles 73 et 74, paragraphe 1, du règlement nº 40/94 en ne présentant pas des exemples de bonbons identiques ou similaires à ceux commercialisés par la requérante.

47 Dès lors, en tant qu'ils font grief au Tribunal de ne pas avoir annulé la décision litigieuse pour ces motifs, les deuxième et troisième moyens s'analysent comme des moyens présentés pour la première fois dans le cadre du pourvoi et doivent donc être déclarés irrecevables.

48 En tant qu'ils font grief au Tribunal d'avoir, par ses propres allégations non étayées, également violé les articles 73 et 74, paragraphe 1, du règlement nº 40/94, lesdits moyens sont non fondés. En effet, le respect de ces dispositions 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.

49 Au demeurant, la requérante a été en mesure de contester devant le Tribunal l'affirmation de la chambre de recours selon laquelle la forme de bonbon en cause ne se distingue pas de manière significative de nombreuses formes communément utilisées 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.

50 Il convient donc d'écarter les deuxième et troisième moyens du pourvoi comme étant en partie irrecevables et en partie non fondés.

Sur le quatrième moyen

Argumentation des parties

51 Par son quatrième moyen, qui se divise en trois branches, la requérante soutient que le Tribunal a violé l'article 7, paragraphe 3, du règlement nº 40/94 en soumettant à des exigences erronées la preuve que la marque demandée a acquis un caractère distinctif par l'usage.

52 En premier lieu, au point 64 de l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait jugé que la preuve de l'usage d'une marque tridimensionnelle ne peut être rapportée par des documents tels que les emballages des produits pour lesquels l'enregistrement de cette marque est demandé ou le matériel publicitaire relatif à ces produits lorsque apparaissent sur ces documents, outre ladite marque, d'autres marques verbales ou figuratives. Il aurait ainsi considéré qu'une marque constituée par la forme tridimensionnelle du produit concerné ne peut pas acquérir un caractère distinctif si elle est accompagnée d'une marque verbale ou figurative.

53 Cette analyse ne correspondrait pas à la manière dont le consommateur moyen perçoit les marques. Le fait que plusieurs marques figurent simultanément sur un produit n'empêcherait pas ce consommateur de percevoir chacune isolément comme un indicateur de provenance, ces différentes marques pouvant même se renforcer mutuellement, la connaissance de l'une contribuant à celle de l'autre. En outre, dans la mesure où il est de la nature même d'une marque tridimensionnelle d'être utilisée cumulativement avec d'autres marques verbales ou figuratives, l'analyse du Tribunal aboutirait à ce que l'usage d'une marque tridimensionnelle ne puisse jamais être prouvé, ce qui serait contraire à l'intention du législateur communautaire.

54 En deuxième lieu, ce serait à tort que le Tribunal, d'une part, a confirmé, au point 64 de l'arrêt attaqué, l'appréciation de la chambre de recours selon laquelle la représentation de la marque demandée sur le sachet dans lequel sont vendus les bonbons en cause a uniquement pour finalité d'illustrer le contenu du sachet et, d'autre part, a considéré, au point 65 du même arrêt, que, lesdits bonbons étant vendus dans un sachet, le consommateur n'est pas directement confronté à la marque demandée lors de la décision d'achat. En effet, ladite marque serait reproduite sur les sachets de conditionnement et, étant en même temps le produit lui-même, sa reproduction serait non seulement une information sur le contenu du sachet, mais également une indication quant à la provenance du produit.

55 En troisième lieu, le Tribunal aurait, à tort, au point 65 de l'arrêt attaqué, pris uniquement en considération la perception du consommateur moyen au moment de la décision d'achat. En effet, pour déterminer dans quelle mesure ce consommateur reconnaît la marque, il faudrait prendre en compte la manière dont il y est confronté non seulement au moment de la décision d'achat, mais aussi avant ce moment, par exemple au travers de la publicité, et au moment où le produit est consommé.

56 Selon l'OHMI, la chambre de recours et le Tribunal n'ont nullement exigé que les éléments de preuve établissant l'usage d'une marque tridimensionnelle ne visent que cette seule marque, mais ils ont relevé, à juste titre, que le matériel publicitaire présenté ne contenait aucune preuve de l'usage de la marque telle qu'elle a été demandée. En particulier, ainsi qu'il est indiqué au point 63 de l'arrêt attaqué, la chambre de recours aurait constaté qu'elle ne parvenait pas à discerner sur le matériel publicitaire les caractéristiques spécifiques de la forme du bonbon et que la représentation des bonbons sur le sachet d'emballage produit à titre de preuve n'était pas conforme à la représentation d'une marque. De même, au point 64 dudit arrêt, le Tribunal aurait indiqué que la nature de la représentation de la forme du bonbon sur l'emballage est à ce point peu claire et masquée par divers autres signes que le consommateur ne peut la percevoir comme une représentation de la marque demandée.

Appréciation de la Cour

57 S'agissant des première et deuxième branches du quatrième moyen, la Cour a dit pour droit, dans l'arrêt du 7 juillet 2005, Nestlé (C-353/03, Rec. p. I-6135), que le caractère distinctif d'une marque visé à 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), peut être acquis en conséquence de l'usage de cette marque en combinaison avec une marque enregistrée.

58 Il en va de même s'agissant du caractère distinctif acquis par l'usage au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement nº 40/94, cette disposition et l'article 3, paragraphe 3, de la directive 89/104 étant, en substance, identiques.

59 Dès lors, une marque tridimensionnelle peut acquérir, le cas échéant, un caractère distinctif par l'usage, même si elle est utilisée conjointement avec une marque verbale ou une marque figurative. Tel est le cas lorsque la marque est constituée par la forme du produit ou de son emballage et que ceux-ci sont systématiquement revêtus d'une marque verbale sous laquelle ils sont commercialisés.

60 Il convient toutefois de souligner que, par essence, une marque tridimensionnelle ne se confond pas avec sa représentation graphique bidimensionnelle. Il s'ensuit que, lorsque, comme en l'espèce, une image du produit figure sur l'emballage, les consommateurs ne sont pas confrontés à la marque elle-même, en tant que marque constituée par la forme tridimensionnelle du produit. Il ne saurait toutefois être exclu que la représentation bidimensionnelle d'une telle marque puisse, le cas échéant, faciliter la connaissance de la marque par le public pertinent lorsqu'elle permet de percevoir les éléments essentiels de la forme tridimensionnelle du produit.

61 Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que, en ce qui concerne l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage, l'identification par les milieux intéressés du produit ou du service comme provenant d'une entreprise déterminée doit être effectuée grâce à l'usage de la marque en tant que marque (arrêts du 18 juin 2002, Philips, C-299/99, Rec. p. I-5475, point 64, et Nestlé, précité, point 26). L'expression «usage de la marque en tant que marque» doit être comprise comme se référant à un usage de la marque aux fins de l'identification par les milieux intéressés du produit ou du service comme provenant d'une entreprise déterminée (arrêt Nestlé, précité, point 29).

62 Ainsi, tout usage de la marque, a fortiori l'utilisation d'une représentation bidimensionnelle d'une marque tridimensionnelle, ne constitue pas nécessairement un usage en tant que marque.

63 En l'espèce, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit.

64 D'une part, aux points 63 et 64 de l'arrêt attaqué, faisant siennes les appréciations de la chambre de recours, le Tribunal a constaté que la manière dont les bonbons sont représentés — une image d'un tas d'une quinzaine de bonbons — sur les sachets dans lesquels la requérante les commercialise n'est pas conforme à la reproduction d'une marque, car, notamment, cette représentation ne montre pas la forme de bonbon dont l'enregistrement est demandé en tant que marque, mais une image réaliste d'un tas de bonbons, et ne vise pas à mettre en exergue les caractéristiques dont la requérante estime qu'elles confèrent à la marque demandée un caractère distinctif (l'enfoncement central, la face inférieure plane et les bords bombés), de sorte qu'il y a discordance entre la représentation des bonbons sur les sachets et la marque tridimensionnelle dont l'enregistrement est demandé.

65 Il s'agit d'une appréciation de nature factuelle qui, sauf dénaturation des faits, laquelle n'est pas alléguée en l'espèce, n'est pas susceptible de contrôle dans le cadre d'un pourvoi.

66 D'autre part, il ne résulte nullement des mêmes points de l'arrêt attaqué que le Tribunal aurait exclu par principe qu'une marque tridimensionnelle constituée par la forme du produit concerné puisse acquérir un caractère distinctif par l'usage lorsqu'elle est utilisée conjointement avec une marque verbale ou une marque figurative.

67 En effet, le Tribunal a expressément fait siennes les constatations effectuées par la chambre de recours aux points 17 à 21 de la décision litigieuse. Or, au point 20 de cette décision, la chambre de recours a admis qu'un produit peut porter plusieurs marques en même temps.

68 Au point 64 de l'arrêt attaqué, le Tribunal s'est borné à juger que, eu égard à leurs caractéristiques, les sachets utilisés pour commercialiser les produits de la requérante ne sont pas susceptibles de rapporter la preuve que la marque demandée est perçue comme une indication d'origine desdits produits. Il s'agit également d'une appréciation de nature factuelle qui, sauf cas de dénaturation, ne peut faire l'objet d'un contrôle dans le cadre d'un pourvoi.

69 Les première et deuxième branches du quatrième moyen sont donc non fondées.

70 S'agissant de la troisième branche de ce moyen, il y a lieu de rappeler que, si une marque n'a pas ab initio un caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, elle peut l'acquérir, en rapport avec les produits ou les services revendiqués, à la suite de son usage, conformément au paragraphe 3 du même article. Un tel caractère distinctif peut être acquis, notamment, après un processus normal de familiarisation du public concerné (arrêts du 6 mai 2003, Libertel, C-104/01, Rec. p. I-3793, point 67, et Mag Instrument/OHMI, précité, point 47).

71 Il s'ensuit que, aux fins d'apprécier si une marque a acquis un caractère distinctif par l'usage, il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances dans lesquelles le public pertinent est confronté à cette marque. Tel est le cas non seulement au moment de la décision d'achat, mais aussi avant ce moment, par exemple au travers de la publicité, et au moment où le produit est consommé.

72 Pour autant, c'est lorsqu'il prépare et exerce son choix entre différents produits de la catégorie concernée que le consommateur moyen déploie le niveau d'attention le plus élevé (voir, en ce sens, arrêt du 12 janvier 2006, Ruiz-Picasso e.a./OHMI, C-361/04 P, non encore publié au Recueil, point 41), de sorte que la question de savoir si le consommateur moyen est ou non confronté à la marque au moment de l'achat revêt une importance particulière aux fins de déterminer si cette marque a acquis un caractère distinctif par l'usage.

73 En l'espèce, il ne résulte nullement du point 65 de l'arrêt attaqué que le Tribunal aurait pris uniquement en considération le moment de la décision d'achat aux fins d'apprécier si la marque demandée a acquis un caractère distinctif par l'usage qui en a été fait.

74 Dans le cadre de son second moyen de première instance, la requérante a essentiellement fait valoir que la marque demandée est mise en évidence sur tous les emballages de ses bonbons et contesté l'appréciation contraire de la chambre de recours. Aux points 63 à 65 de l'arrêt attaqué, le Tribunal s'est attaché à réfuter cette argumentation en constatant que, lorsqu'il voit l'un de ces emballages, le consommateur moyen n'est pas directement confronté à la forme de bonbon dont l'enregistrement est demandé en tant que marque tridimensionnelle. Ce faisant, le Tribunal s'est logiquement placé au moment même de l'achat.

75 Il convient toutefois de relever que, au point 66 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a analysé les sondages produits par la requérante aux fins d'établir le degré de notoriété de la marque. Or, de tels sondages ne distinguent pas selon les circonstances dans lesquelles les consommateurs ont été confrontés à la marque.

Le Tribunal a constaté que les sondages produits ne pouvaient rapporter la preuve que la marque demandée était connue.

76 Dans ces conditions, la troisième branche du quatrième moyen apparaît également non fondée et, partant, ce moyen doit être écarté en totalité.

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

Sur les dépens

78 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