ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

9 septembre 2010 *

Dans l'affaire C-265/09 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice, introduit le 10 juillet 2009,

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

partie requérante,

l'autre partie à la procédure étant:

BORCO-Marken-Import Matthiesen GmbH & Co. KG, établie à Hambourg (Allemagne), représentée par M^e^ M. Wolter, Rechtsanwalt,

partie demanderesse en première instance,

* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR (première chambre),

composée de M. A. Tizzano, président de chambre, MM. E. Levits, A. Borg Barthet, J.-J. Kasel et M. Safjan (rapporteur), juges,

avocat général: M. Y. Bot,
greffier: M. R. Grass,

vu la procédure écrite,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 6 mai 2010,

rend le présent

Arrêt

1 Par son pourvoi, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 29 avril 2009, BORCO-Marken-Import Matthiesen/OHMI (α) (T-23/07, Rec. p. II-861, ci-après l'«arrêt attaqué»), par

lequel celui-ci a annulé la décision de la quatrième chambre de recours de l'OHMI du 30 novembre 2006 (affaire R 808/2006-4), rejetant le recours contre la décision de l'examinateur qui a refusé l'enregistrement du signe figuratif «α» comme marque communautaire (ci-après la «décision litigieuse»).

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), a été abrogé par le règlement (CE) nº 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (version codifiée) (JO L 78, p. 1), entré en vigueur le 13 avril 2009. Néanmoins, le présent litige demeure régi, compte tenu de la date des faits, par le règlement nº 40/94.

3 Aux termes de l'article 4 du règlement nº 40/94:

«Peuvent constituer des marques communautaires tous signes susceptibles d'une représentation graphique, notamment les mots, y compris les noms de personnes, les dessins, les lettres, les chiffres, la forme du produit ou de son conditionnement, à condition que de tels signes soient propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.»

4 En vertu de l'article 7, paragraphe 1, de ce règlement, sont refusées à l'enregistrement:

«[…]

b) les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif;

c) les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation du service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci;

[…]»

5 Conformément à l'article 74, paragraphe 1, dudit règlement, «[a]u cours de la procédure, [l'OHMI] procède à l'examen d'office des faits».

Les antécédents du litige

6 BORCO-Marken-Import Matthiesen GmbH & Co. KG (ci-après «BORCO») a présenté, le 14 septembre 2005, à l'OHMI une demande d'enregistrement du signe

α

en tant que marque communautaire.

7 Les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent de la classe 33 au sens de l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que révisé et modifié, et correspondent à la description «Boissons alcooliques, à l'exception des bières, vins, vins mousseux et boissons contenant du vin».

8 Par décision du 31 mai 2006, l'examinateur a rejeté la demande d'enregistrement pour défaut de caractère distinctif du signe en cause, sur le fondement de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94. L'examinateur a retenu que la marque dont l'enregistrement était demandé constituait la reproduction fidèle de la lettre grecque minuscule «α», sans altération graphique, et que les acheteurs de langue grecque ne décèleraient pas dans ce signe l'indication de l'origine commerciale des produits désignés dans la demande d'enregistrement de marque.

9 Le 15 juin 2006, BORCO a formé un recours auprès de l'OHMI contre cette décision.

10 Ce recours a été rejeté par la décision litigieuse au motif que le signe en cause était dépourvu du caractère distinctif exigé par l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94.

Le recours devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

11 Le 5 février 2007, BORCO a introduit un recours devant le Tribunal aux fins de l'annulation de la décision litigieuse, invoquant trois moyens pris, respectivement, de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, de l'article 7, paragraphe 1, sous c), de ce règlement et de l'article 12 dudit règlement. BORCO a notamment soutenu, dans le cadre de son premier moyen, que le signe en cause

présente le caractère distinctif requis par l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, en ce qu'il permet d'identifier les produits en cause de la classe 33, au sens dudit arrangement de Nice, comme provenant de son entreprise et, par conséquent, de les distinguer des produits d'autres entreprises. Dès lors que, en vertu de l'article 4 de ce règlement, les lettres peuvent constituer une marque, il ne saurait leur être dénié par principe un caractère distinctif, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), dudit règlement, sauf à vider l'article 4 du même règlement de sa substance.

12 Au point 39 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a d'abord relevé que la quatrième chambre de recours de l'OHMI aurait dû rechercher s'il apparaissait exclu que le signe proposé puisse être apte à distinguer, aux yeux des consommateurs moyens de langue grecque, les produits de BORCO de ceux d'une autre provenance, étant entendu qu'un minimum de caractère distinctif suffit à faire obstacle à l'application du motif absolu de refus prévu à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94.

13 Quant à l'analyse menée, en l'espèce, par ladite chambre de recours, le Tribunal a relevé, aux points 40 à 52 de l'arrêt attaqué, que celle-ci avait refusé, en violation notamment de l'article 4 du règlement nº 40/94, de reconnaître aux lettres uniques tout caractère distinctif sans recourir à l'examen concret susmentionné.

14 Le Tribunal a poursuivi son examen de la décision de la quatrième chambre de recours de l'OHMI dans les termes suivants:

«53 En quatrième lieu, la [quatrième] chambre de recours [de l'OHMI] a considéré, au point 25 de la décision [litigieuse], que le public de référence appréhendera 'peut-être' la lettre 'α' comme une référence à la qualité (qualité 'A'), une

indication de taille ou la désignation d'un type ou d'une espèce de boissons alcooliques telles que celles désignées dans la demande de marque.

54 L'OHMI ne peut affirmer qu'en se prononçant ainsi la [quatrième] chambre de recours [de l'OHMI] s'est livrée à un examen concret du caractère distinctif du signe en cause. En effet, outre qu'il présente un caractère dubitatif qui le prive de toute valeur, ce motif ne se réfère à aucun fait concret susceptible de justifier la conclusion que la marque demandée serait perçue par le public pertinent comme une référence à la qualité, une indication de taille ou une désignation de type ou d'espèce pour les produits visés par la demande de marque [voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 9 juillet 2008, Hartmann/OHMI (E), T-302/06, point 44]. Il en résulte que la [quatrième] chambre de recours [de l'OHMI] n'a pas établi le défaut de caractère distinctif de la marque demandée.»

15 Au point 56 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a conclu:

«Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que, en déduisant l'absence de caractère distinctif du signe déposé de sa seule absence d'altérations ou d'ornementations graphiques par rapport à la police de caractères Times New Roman, sans procéder à un examen concret de son aptitude à distinguer, dans l'esprit du public de référence, les produits en cause de ceux provenant des concurrents de [BORCO], la chambre de recours a fait une application erronée de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94.»

16 Dès lors, le Tribunal a fait droit au premier moyen et a annulé la décision litigieuse, sans examiner les deux autres moyens soulevés par BORCO. Rappelant que, en application de l'article 63, paragraphe 6, du règlement nº 40/94, il incombera à l'OHMI de réexaminer la demande d'enregistrement présentée par BORCO à la lumière des motifs de l'arrêt attaqué, le Tribunal a estimé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le second chef de conclusions de BORCO visant à faire constater que l'article 7, paragraphes 1,

sous b) et c), et 2, du règlement nº 40/94 ne s'oppose pas à l'enregistrement de la marque en cause pour les produits désignés dans la demande d'enregistrement.

Les conclusions des parties

17 Dans son pourvoi, au soutien duquel il invoque un moyen unique qui se divise en trois branches relatives, respectivement, à l'exigence d'un examen concret du caractère distinctif, au caractère prétendument dubitatif de l'examen a priori et à la charge de la preuve, l'OHMI demande à la Cour:

— d'annuler l'arrêt attaqué;

— à titre principal, de rejeter le recours formé par BORCO en première instance;

— à titre subsidiaire, de renvoyer l'affaire devant le Tribunal, et

— de condamner BORCO aux dépens exposés tant devant le Tribunal que devant la Cour.

18 BORCO demande à la Cour de rejeter le pourvoi et de condamner l'OHMI aux dépens.

Sur le pourvoi

Sur la première branche du moyen unique

Argumentation des parties

19 L'OHMI fait valoir que, contrairement à l'appréciation du Tribunal, l'examen du caractère distinctif d'un signe sur le fondement de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 n'implique pas toujours la constatation de l'aptitude de ce signe à distinguer les différents produits dans le cadre d'un examen concret qui envisage ces produits.

20 Le Tribunal aurait fait une application erronée de l'article 7, paragraphe 1, sous b), de ce règlement dans la mesure où il a rejeté la position de la quatrième chambre de recours de l'OHMI pour la seule raison que celle-ci établit, pour une catégorie déterminée de signes, le principe selon lequel les signes de ladite catégorie ne peuvent normalement pas servir d'indication de l'origine. Or, le Tribunal aurait dû vérifier si l'affirmation de ladite chambre de recours se traduisait dans les faits.

21 Pour étayer sa thèse, l'OHMI s'appuie sur la jurisprudence de la Cour relative aux signes tridimensionnels (arrêt du 7 octobre 2004, Mag Instrument/OHMI, C-136/02 P, Rec. p. I-9165), aux marques de couleur (arrêts du 6 mai 2003, Libertel, C-104/01, Rec. p. I-3793, et du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, Rec. p. I-6129), ainsi que sur la jurisprudence du Tribunal en matière de slogans publicitaires et de noms de domaine. La jurisprudence citée autoriserait, pour différentes catégories de signes, un examen du caractère distinctif concret au sens de l'article 7, paragraphe 1,

sous b), du règlement nº 40/94 fondé sur des affirmations générales relatives à la perception du consommateur et au conditionnement de celle-ci, et renoncerait souvent à un examen concret des produits et des services visés par la demande d'enregistrement en cause.

22 L'OHMI souligne que s'il est permis d'affirmer, dans le cadre de l'appréciation de signes tridimensionnels, que le consommateur, en l'absence d'éléments graphiques et textuels, n'a pas l'habitude de présumer l'origine des produits en se basant sur leur forme (arrêt Mag Instrument/OHMI, précité, point 30), il devrait également être permis d'affirmer que le consommateur n'a pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se basant sur des lettres uniques dépourvues d'éléments graphiques.

23 Dans le cadre de l'examen de la catégorie des signes de couleurs, la Cour considérerait que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, les couleurs n'ont pas un caractère distinctif ab initio, mais peuvent éventuellement l'acquérir à la suite d'un usage en rapport avec les produits ou les services revendiqués (arrêt Heidelberger Bauchemie, précité, point 39). L'OHMI estime qu'une affirmation identique devrait être permise concernant des lettres uniques, et plus particulièrement compte tenu du fait que celles-ci seraient normalement perçues comme une désignation de type ou de numéros de code, une indication de taille ou d'autres informations similaires.

24 BORCO conteste l'interprétation proposée par l'OHMI. Elle relève que la notion de caractère distinctif doit recevoir la même interprétation pour toutes les catégories de marques. L'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 ne distinguerait pas entre les différentes catégories de marques en ce qui concerne l'appréciation du caractère distinctif de celles-ci. Le caractère distinctif d'une marque devrait toujours être apprécié par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement de la marque est demandé. Une plus grande difficulté rencontrée, le cas échéant, dans l'appréciation concrète du caractère distinctif de certaines marques ne saurait

justifier à elle seule la supposition que de telles marques seraient, a priori, dépourvues de caractère distinctif.

25 Contrairement à ce qu'affirme l'OHMI, les principes développés par la jurisprudence au sujet du caractère distinctif des marques de couleur et tridimensionnelles ne pourraient être transposés au présent cas. La marque dont l'enregistrement est demandé étant une marque figurative représentant une lettre unique de l'alphabet grec, à savoir «α», en une police de caractères courante et sans autre élément graphique, il conviendrait d'appliquer par conséquent les principes développés en matière de marques verbales.

26 La règle empirique, énoncée par la Cour, selon laquelle le consommateur moyen n'a 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 (arrêt du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, Rec. p. I-5719, point 27), ne pourrait pas être transposée à la présente affaire. Une lettre unique serait justement un signe indépendant de l'aspect des produits désignés par la marque en cause. Il n'existerait, en outre, aucun indice de ce que le consommateur percevrait une marque consistant en une lettre unique différemment d'une marque composée de deux lettres ou plus.

27 Au surplus, le point de vue selon lequel il serait possible de se dispenser d'un examen au regard des produits et des services concrètement revendiqués serait clairement contraire à la jurisprudence établie de la Cour.

Appréciation de la Cour

28 Il y a lieu de rappeler d'emblée que, selon l'article 4 du règlement nº 40/94, les lettres comptent parmi les catégories de signes qui peuvent constituer des marques communautaires à condition qu'elles soient propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.

29 Toutefois, l'aptitude générale d'un signe à constituer une marque n'implique pas que ce signe possède nécessairement un caractère distinctif, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), dudit règlement, par rapport à un produit ou à un service déterminé (arrêt du 29 avril 2004, Henkel/OHMI, C-456/01 P et C-457/01 P, Rec. p. I-5089, point 32).

30 En effet, aux termes de cette disposition, sont refusées à l'enregistrement les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif.

31 Il résulte d'une jurisprudence constante que le caractère distinctif d'une marque au sens de ladite 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 (arrêts Henkel/OHMI, précité, point 34; du 8 mai 2008, Eurohypo/OHMI, C-304/06 P, Rec. p. I-3297, point 66, et du 21 janvier 2010, Audi/OHMI, C-398/08 P, Rec. p. I-535, point 33).

32 Or, il est de jurisprudence constante que ce caractère distinctif doit être apprécié, d'une part, par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement est demandé et, d'autre part, par rapport à la perception que le public pertinent en a (arrêts précités Storck/OHMI, point 25; Henkel/OHMI, point 35, et Eurohypo/OHMI, point 67). En outre, la Cour a déclaré, ainsi que le reconnaît l'OHMI dans

son pourvoi, que cette méthode d'appréciation est également applicable à l'analyse du caractère distinctif des signes composés uniquement d'une couleur en soi, des marques tridimensionnelles et des slogans (voir en ce sens, respectivement, arrêts du 21 octobre 2004, KWS Saat/OHMI, C-447/02 P, Rec. p. I-10107, point 78; Storck/OHMI, précité, point 26, ainsi que Audi/OHMI, précité, points 35 et 36).

33 Toutefois, si les critères relatifs à l'appréciation du caractère distinctif sont les mêmes pour les différentes catégories de marques, il peut apparaître, dans le cadre de l'application de ces critères, que la perception du public pertinent n'est pas nécessairement la même pour chacune de ces catégories et que, dès lors, il pourrait s'avérer plus difficile d'établir le caractère distinctif des marques de certaines catégories que de celles d'autres catégories (voir arrêts du 29 avril 2004, Procter & Gamble/OHMI, C-473/01 P et C-474/01 P, Rec. p. I-5173, point 36; du 21 octobre 2004, OHMI/Erpo Möbelwerk, C-64/02 P, Rec. p. I-10031, point 34; Henkel/OHMI, précité, points 36 et 38, ainsi que Audi/OHMI, précité, point 37).

34 À cet égard, la Cour a déjà précisé que les difficultés que pourraient comporter, du fait de leur nature même, certaines catégories de marques pour établir leur caractère distinctif et dont il est légitime de tenir compte ne justifient pas de fixer des critères spécifiques suppléant ou dérogeant à l'application du critère du caractère distinctif tel qu'interprété dans la jurisprudence (voir arrêts précités OHMI/Erpo Möbelwerk, point 36, et Audi/OHMI, point 38).

35 Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour concernant l'article 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), dont les termes sont identiques à ceux de l'article 7 du règlement nº 40/94, que le caractère distinctif d'une marque doit toujours être apprécié in concreto par rapport aux produits ou aux services visés

(voir, en ce sens, arrêts Libertel, précité, point 76, ainsi que du 12 février 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, Rec. p. I-1619, points 31 et 33).

36 Ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 47 de ses conclusions, l'exigence d'une appréciation concrète de l'aptitude du signe concerné à distinguer les produits ou les services visés de ceux d'autres entreprises permet de concilier le motif de refus prévu à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, avec la reconnaissance, par l'article 4 dudit règlement, de l'aptitude générale d'un signe à constituer une marque.

37 À cet égard, il importe de signaler que, même s'il ressort de la jurisprudence citée que la Cour a reconnu qu'il existe certaines catégories de signes qui pourraient plus difficilement avoir un caractère distinctif ab initio, elle n'a pas pour autant dispensé les offices de marques de procéder à un examen in concreto de leur caractère distinctif.

38 En ce qui concerne plus particulièrement le fait que le signe en cause est constitué d'une lettre unique sans altération graphique, il y a lieu de rappeler que l'enregistrement d'un signe en tant que marque n'est pas subordonné à la constatation d'un certain niveau de créativité ou d'imagination linguistique ou artistique de la part du titulaire de la marque (arrêt du 16 septembre 2004, SAT.1/OHMI, C-329/02 P, Rec. p. I-8317, point 41).

39 Il s'ensuit que, d'autant plus que l'établissement du caractère distinctif peut s'avérer plus difficile pour une marque consistant en une lettre unique que pour d'autres marques verbales, l'OHMI est tenu de procéder à une appréciation de l'aptitude du signe en cause à distinguer les différents produits ou services dans le cadre d'un examen concret envisageant ces produits ou ces services.

40 Partant, le Tribunal, en vérifiant si la quatrième chambre de recours de l'OHMI s'est livrée à un examen concret de l'aptitude du signe en cause à distinguer les produits visés de ceux d'autres entreprises, a appliqué à bon droit l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94.

41 Il s'ensuit que la première branche du moyen unique doit être rejetée comme non fondée.

Sur la deuxième branche du moyen unique

Argumentation des parties

42 Selon l'OHMI, le Tribunal a méconnu le fait que l'examen du caractère distinctif d'un signe est un examen a priori et que, par conséquent, la décision prise après cet examen présente toujours un caractère dubitatif. Il relève que le consommateur moyen est un concept juridique et que l'examen du caractère distinctif d'un signe doit être effectué indépendamment de toute utilisation effective de ce signe sur le marché.

43 BORCO rétorque que de simples suppositions ne sont pas suffisantes pour pouvoir constater l'absence de tout caractère distinctif d'un signe. Si c'était le cas, l'OHMI pourrait, sans raisons concrètes, rejeter toute demande d'enregistrement de marque pour manque de caractère distinctif, en se fondant uniquement sur la supposition que la marque en cause pourrait éventuellement, pour des raisons que même l'OHMI ignorerait, être dépourvue du caractère distinctif requis. Cette démarche serait incompatible avec la jurisprudence de la Cour, selon laquelle l'OHMI doit, dans le

cadre de son examen des motifs absolus de refus, procéder à un examen approfondi et complet de tous les faits et circonstances pertinents.

Appréciation de la Cour

44 Il convient de souligner que l'exigence de procéder à un examen a priori du caractère distinctif d'un signe ne s'oppose pas à ce que cet examen soit effectué in concreto.

45 En effet, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, l'examen des demandes d'enregistrement ne doit pas être minimal, mais doit être strict et complet afin d'éviter que des marques ne soient enregistrées de manière indue et d'assurer, pour des raisons de sécurité juridique et de bonne administration, que les marques dont l'usage pourrait être contesté avec succès devant les juridictions ne soient pas enregistrées (voir, en ce sens, arrêts précités Libertel, point 59, et OHMI/Erpo Möbelwerk, point 45).

46 L'objectif même du contrôle a priori serait donc contrecarré si, en dépit de l'exigence, rappelée au point 39 du présent arrêt, de se livrer à un examen concret du caractère distinctif de la marque dont l'enregistrement est demandé, il était loisible à l'OHMI de se prévaloir, sans justification pertinente, de suppositions ou de simples doutes.

47 Il s'ensuit que c'est à bon droit que le Tribunal a estimé, au point 54 de l'arrêt attaqué, que la quatrième chambre de recours de l'OHMI, en se fondant sur un motif dubitatif, n'a pas pu satisfaire aux exigences caractérisant l'examen du caractère distinctif d'un

signe dont l'enregistrement est demandé en tant que marque dans le cadre du règlement nº 40/94.

48 Par conséquent, la deuxième branche du moyen unique doit être rejetée comme non fondée.

Sur la troisième branche du moyen unique

Argumentation des parties

49 L'OHMI fait valoir que le Tribunal a méconnu la répartition de la charge de la preuve dans le cadre de l'examen effectué sur le fondement de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, dans la mesure où il a considéré que l'OHMI doit toujours établir le défaut de caractère distinctif de la marque dont l'enregistrement est demandé en se référant à des faits concrets.

50 La procédure d'enregistrement étant une procédure administrative et non pas une procédure contradictoire dans laquelle l'OHMI devrait apporter au demandeur des preuves à l'appui des motifs de refus, ce serait au demandeur qui se prévaut sur recours du caractère distinctif de la marque dont l'enregistrement est demandé qu'il appartiendrait de fournir des indications concrètes et étayées établissant que cette marque est dotée d'un caractère distinctif.

51 Selon l'OHMI, il peut, lorsqu'il conclut à l'absence de caractère distinctif intrinsèque d'une marque dont l'enregistrement est demandé, fonder son analyse sur des faits résultant de l'expérience pratique généralement acquise de la commercialisation de produits de large consommation, lesquels faits sont susceptibles d'être connus de toute personne et sont notamment connus des consommateurs de ces produits. Dans un tel cas, l'OHMI ne serait pas obligé de présenter des exemples d'une telle expérience pratique.

52 Le Tribunal méconnaîtrait ce principe lorsque, au point 54 de l'arrêt attaqué, il reproche à la quatrième chambre de recours de l'OHMI de ne s'être référée à aucun fait concret. Cette chambre de recours aurait pu, contrairement à ce qu'a estimé le Tribunal, fonder son analyse sur des faits résultant de l'expérience généralement acquise selon laquelle les lettres uniques s'utilisent tout à fait normalement en tant que, notamment, désignations de type, numéros de codes ou indications de taille, et sont perçues en tant que telles.

53 Selon BORCO, ces développements sont juridiquement erronés.

54 En vertu de l'article 74, paragraphe 1, du règlement nº 40/94, il appartiendrait à l'OHMI, lors de l'examen de motifs absolus de refus au cours de la procédure d'enregistrement, d'examiner d'office les faits pertinents. Ce ne serait que lorsque l'OHMI aurait exposé les éléments concrets indiquant un manque de caractère distinctif que le déposant serait en mesure de réfuter ces éléments et que la charge de la preuve pèserait sur lui dans le cadre de la procédure juridictionnelle. L'OHMI méconnaîtrait ainsi dans son pourvoi des principes essentiels en matière de charge de la preuve.

Appréciation de la Cour

55 Il y a lieu de constater d'emblée que le Tribunal, en reprochant à la quatrième chambre de recours de l'OHMI de ne pas avoir établi l'absence de caractère distinctif de la marque dont l'enregistrement est demandé, s'est borné à appliquer la jurisprudence, citée au point 35 du présent arrêt, selon laquelle il faut toujours procéder à un examen concret du caractère distinctif du signe en cause.

56 Ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 59 de ses conclusions, des considérations relatives à la charge de la preuve dans le cadre de la procédure d'enregistrement d'une marque ne sauraient exempter l'OHMI des obligations que le règlement nº 40/94 lui impose.

57 En effet, selon l'article 74, paragraphe 1, de ce règlement, lors de l'examen de motifs absolus de refus d'enregistrement, l'OHMI est tenu d'examiner d'office les faits pertinents qui pourraient l'amener à appliquer un tel motif.

58 Contrairement à ce que fait valoir l'OHMI, cette exigence ne saurait être ni relativisée ni invertie, au détriment du demandeur, sur la base du point 50 de l'arrêt du 25 octobre 2007, Develey/OHMI (C-238/06 P, Rec. p. I-9375).

59 Ainsi qu'il ressort de ce point, c'est uniquement dans la mesure où, en dépit de l'analyse de l'OHMI, une requérante se prévaut du caractère distinctif d'une marque dont l'enregistrement est demandé qu'elle doit fournir des indications concrètes et étayées établissant que la marque en cause est dotée d'un caractère distinctif (arrêt Develey/OHMI, précité, point 50).

60 Par conséquent, dès lors que l'analyse, par la quatrième chambre de recours de l'OHMI, ne respecte pas les exigences rappelées au point 35 du présent arrêt, il ne saurait être imputé une telle obligation à BORCO.

61 Il s'ensuit que la troisième branche du moyen unique soulevé par l'OHMI n'est pas fondée.

62 Étant donné qu'aucune des trois branches du moyen unique soulevé par l'OHMI n'est fondée, il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Sur les dépens

63 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118 du même règlement, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. BORCO ayant conclu à la condamnation de l'OHMI et celui-ci ayant succombé en son pourvoi, il y a lieu de le condamner aux dépens.

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

1) Le pourvoi est rejeté.

2) L'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) est condamné aux dépens.

Signatures