ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)

29 avril 2004 *

Dans les affaires jointes C-456/01 P et C-457/01 P,

Henkel KGaA, établie à Düsseldorf (Allemagne), représentée par M. C. Osterrieth, Rechtsanwalt,

partie requérante,

ayant pour objet deux pourvois formés contre les arrêts du Tribunal de première instance des Communautés européennes (deuxième chambre) du 19 septembre 2001, Henkel/OHMI (tablette rectangulaire rouge et blanc) (T-335/99, Rec. p. II-2581), et Henkel/OHMI (tablette rectangulaire vert et blanc) (T-336/99, Rec. p. II-2589), et tendant à l'annulation de ces arrêts,

l'autre partie à la procédure étant:

Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), représenté par M. D. Schennen et M^me^ S. Laitinen, en qualité d'agents,

partie défenderesse en première instance,

* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR (sixième chambre),

composée de M. V. Skouris, faisant fonction de président de la sixième chambre, MM. J. N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissochet et R. Schintgen, et M^me^ F. Macken (rapporteur), juges,

avocat général: M. D. Ruiz-Jarabo Colomer,
greffier: M^me^ M. Múgica Arzamendi, administrateur principal,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les parties en leur plaidoirie à l'audience du 2 octobre 2003, au cours de laquelle Henkel KGaA a été représentée par M^e^ C. Osterrieth et l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) par MM. D. Schennen et A. von Mühlendahl, en qualité d'agent,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 6 novembre 2003,

rend le présent

Arrêt

1 Par requêtes déposées au greffe de la Cour le 26 novembre 2001, Henkel KGaA (ci-après «Henkel») a, en vertu de l'article 49 du statut CE de la Cour de justice,

formé des pourvois contre les arrêts du Tribunal de première instance du 19 septembre 2001, Henkel/OHMI (tablette rectangulaire rouge et blanc) (T-335/99, Rec. p. II-2581, ci-après l'«arrêt T-335/99»), et Henkel/OHMI (tablette rectangulaire vert et blanc) (T-336/99, Rec. p. II-2589, ci-après l'«arrêt T-336/99») (ci-après, ensemble, les «arrêts attaqués»), par lesquels le Tribunal a rejeté ses recours tendant à l'annulation des décisions de la troisième chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (ci-après l'«OHMI»), du 21 septembre 1999 (affaires R 70/1999-3 et R 71/1999-3), ayant rejeté ses recours contre le refus d'enregistrement en tant que marques communautaires de tablettes de forme tridimensionnelle pour diverses classes de produits, comprenant notamment des produits pour lave-linge ou lave-vaisselle (ci-après les «décisions litigieuses»).

2 Par ordonnance du président de la sixième chambre du 2 juin 2003, les affaires C-456/01 P et C-457/01 P ont été jointes aux fins de la procédure orale et de l'arrêt.

Le cadre juridique

3 Aux termes de l'article 4 du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1):

«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 L'article 7 du même règlement dispose:

«1. Sont refusés à l'enregistrement:

a) les signes qui ne sont pas conformes à l'article 4;

b) les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif;

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

[...]

3. Le paragraphe 1 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.»

Les antécédents du litige

5 Les 15 décembre 1997 et 8 janvier 1998, Henkel a demandé à l'OHMI l'enregistrement en tant que marques communautaires de deux tablettes de forme tridimensionnelle comportant, l'une, une couche blanche et une couche rouge superposées (affaire T-335/99), l'autre une couche blanche et une couche verte superposées (affaire T-336/99).

6 Les produits pour lesquels l'enregistrement est demandé relèvent de la classe 3 au sens de l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que révisé et modifié, et correspondent à la description suivante: «produits pour le linge et la vaisselle sous forme de tablettes».

7 Par décisions du 3 février 1999, l'examinateur de l'OHMI a rejeté ces demandes au motif que les marques dont l'enregistrement est demandé sont dépourvues de caractère distinctif et ne peuvent, pour cette raison, faire l'objet d'un enregistrement en vertu de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

8 Par les décisions litigieuses, la troisième chambre de recours de l'OHMI a confirmé les décisions de l'examinateur en considérant, pour chacune des marques dont l'enregistrement est demandé, qu'elle est dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, étant donné que sa forme concrète ne remplit, à l'égard du consommateur ou de l'acheteur final, aucune fonction d'identification de la provenance des produits sur lesquels serait apposée la marque. Selon ladite chambre de recours, une forme tridimensionnelle doit avoir un aspect suffisamment original pour se graver facilement dans la mémoire et se démarquer de ce qui est usuel dans le commerce.

La procédure devant le Tribunal et les arrêts attaqués

9 Par requêtes déposées au greffe du Tribunal le 26 novembre 1999, Henkel a formé deux recours tendant à l'annulation des décisions litigieuses.

10 Dans l'arrêt T-335/99, le Tribunal a jugé que la chambre de recours de l'OHMI avait conclu à bon droit que la marque tridimensionnelle dont l'enregistrement est demandé est dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, et ce pour les motifs suivants:

«41 En l'espèce, la marque dont l'enregistrement est demandé est constituée par la forme et l'agencement des couleurs d'une tablette pour lave-linge ou pour lave-vaisselle, c'est-à-dire par la présentation du produit lui-même.

42 Il découle de l'article 4 du règlement n° 40/94 que tant la forme du produit que les couleurs comptent parmi les signes susceptibles de constituer une marque communautaire. L'aptitude générale d'une catégorie de signes à constituer une marque n'implique cependant pas que les signes appartenant à cette catégorie possèdent nécessairement un caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 par rapport à un produit ou à un service déterminé.

43 Aux termes de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, sont refusées à l'enregistrement 'les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif'. Il convient de considérer qu'est pourvue d'un caractère distinctif la marque qui permet de distinguer, selon leur origine, les produits ou services pour lesquels l'enregistrement a été demandé. À cet effet, il n'est pas nécessaire

qu'elle transmette une information précise quant à l'identité du fabricant du produit ou du prestataire de services. Il suffit que la marque permette au public concerné de distinguer le produit ou service qu'elle désigne de ceux qui ont une autre origine commerciale et de conclure que tous les produits ou services qu'elle désigne ont été fabriqués, commercialisés ou fournis sous le contrôle du titulaire de cette marque, auquel peut être attribuée la responsabilité de leur qualité (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 29 septembre 1998, Canon, C-39/97, Rec. p. I-5507, point 28).

44 Il découle des termes de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 qu'un minimum de caractère distinctif suffit pour que le motif de refus défini dans cet article ne soit pas applicable. Il convient donc de rechercher — dans le cadre d'un examen a priori et en dehors de toute prise en considération de l'usage du signe au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 — si la marque demandée permettra, au public ciblé, de distinguer les produits visés de ceux ayant une autre origine commerciale lorsqu'il sera appelé à arrêter son choix lors d'un achat.

45 L'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 ne fait pas de distinction entre différentes catégories de marques. Les critères d'appréciation du caractère distinctif des marques tridimensionnelles constituées par la forme du produit lui-même ne sont donc pas différents de ceux applicables aux autres catégories de marques.

46 Il y a lieu néanmoins de tenir compte, dans le cadre de l'application de ces critères, du fait que la perception du public concerné n'est pas nécessairement la même, dans le cas d'une marque tridimensionnelle constituée par la forme et les couleurs du produit lui-même, que dans le cas d'une marque verbale, figurative ou tridimensionnelle qui n'est pas constituée par la forme du produit. En effet, alors que le public a l'habitude de percevoir, immédiatement, ces dernières marques comme des signes identificateurs du produit, il n'en va pas nécessairement de même lorsque le signe se confond avec l'aspect du produit lui-même.

47 Pour ce qui est de la perception du public concerné, la chambre de recours a relevé à juste titre que les produits pour lesquels la marque a été demandée en l'espèce, à savoir les produits pour lave-linge et pour lave-vaisselle sous forme de tablettes, sont des biens de consommation largement répandus. Le public concerné par ces produits est celui de tous les consommateurs. Il y a donc lieu d'apprécier le caractère distinctif de la marque demandée en tenant compte de l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé (voir, par analogie, arrêt de la Cour du 16 juillet 1998, Gut Springenheide et Tusky, C-210/96, Rec. p. I-4657, points 30 à 32).

48 La perception de la marque par le public concerné est influencée, d'abord, par le niveau d'attention du consommateur moyen, qui est susceptible de varier en fonction de la catégorie de produits ou services en cause (voir arrêt de la Cour du 22 juin 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Rec. p. I-3819, point 26). À cet égard, la chambre de recours a considéré à juste titre que, s'agissant de produits de consommation quotidienne, le niveau d'attention du consommateur moyen à l'égard de la forme et des couleurs des tablettes pour lave-linge ou pour lave-vaisselle n'est pas élevé.

49 Pour apprécier si la combinaison de la forme et de l'agencement des couleurs de la tablette litigieuse peut être perçue par le public comme une indication d'origine, il y a lieu d'analyser l'impression d'ensemble produite par cette combinaison (voir, par analogie, arrêt de la Cour du 11 novembre 1997, SABEL, C-251/95, Rec. p. I-6191, point 23), ce qui n'est pas incompatible avec un examen successif des différents éléments de présentation utilisés.

50 La forme tridimensionnelle dont l'enregistrement a été demandé [...] compte parmi les formes géométriques de base et est une des formes venant naturellement à l'esprit pour un produit destiné au lave-linge ou au lave-vaisselle. [...]

51 Quant à la présence de deux couches [...], il y a lieu de relever que le public concerné est habitué à la présence d'éléments de couleur différente dans un produit détergent. [...] Les particules colorées évoquent donc, sans qu'elles puissent pour autant être considérées comme une indication descriptive au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 40/94, certaines qualités du produit. Il ne saurait toutefois être déduit de l'inapplicabilité de ce dernier motif de refus que les éléments colorés confèrent nécessairement un caractère distinctif à la marque demandée. En effet, ce caractère fait défaut lorsque le public ciblé est amené, comme en l'espèce, à percevoir la présence des éléments colorés comme la suggestion de certaines qualités du produit, et non l'indication de son origine. La possibilité que les consommateurs puissent néanmoins acquérir l'habitude de reconnaître le produit sur la base de ses couleurs ne suffit pas, à elle seule, pour écarter le motif de refus tiré de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Une telle évolution de la perception du signe par le public ne peut être prise en considération, si elle est établie, que dans le cadre de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94.

[...]

53 [...] L'utilisation de couleurs basiques, telles que le bleu ou le vert, est courante et même typique des produits détergents. Le recours à d'autres couleurs basiques, telles que le rouge ou le jaune, fait partie des variations, venant naturellement à l'esprit, de la présentation typique desdits produits.

54 Il s'ensuit que la marque tridimensionnelle demandée est constituée par une combinaison d'éléments de présentation venant naturellement à l'esprit et typiques du produit concerné.

[...]

56 Au regard de l'impression d'ensemble qui se dégage de la forme et de l'agencement des couleurs de la tablette litigieuse, la marque demandée ne permettra pas, au public concerné, de distinguer les produits visés de ceux ayant une autre origine commerciale, lorsqu'il sera appelé à arrêter son choix lors d'un achat.

57 Il y a lieu d'ajouter que l'inaptitude de la marque demandée à indiquer, a priori et indépendamment de son usage au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, l'origine du produit n'est pas remise en cause par le nombre plus ou moins grand de tablettes similaires déjà présentes sur le marché. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de trancher, en l'espèce, la question de savoir si le caractère distinctif de la marque doit être apprécié à la date du dépôt de la demande d'enregistrement ou à la date de l'enregistrement effectif.

[...]

59 Il s'ensuit que la chambre de recours a conclu à juste titre que la marque tridimensionnelle demandée est dépourvue de caractère distinctif.

60 Le fait que les critères d'appréciation du caractère distinctif, dans l'hypothèse d'une marque tridimensionnelle constituée par la forme du produit lui-même, ne sont pas plus rigoureux que ceux applicables aux autres catégories de marques n'emporte pas d'autre conclusion.

61 En effet, les considérations ayant amené la chambre de recours à constater l'absence de caractère distinctif de la marque demandée justifient une conclusion identique au regard des critères d'appréciation de ce caractère, applicables à toutes les marques, qu'elles soient verbales, figuratives ou tridimensionnelles.»

11 Dans l'arrêt T-336/99, le Tribunal est parvenu à la même conclusion. Les points 38 à 58 de cet arrêt sont rédigés dans les mêmes termes, en substance, que les points 40 à 52 et 54 à 61 de l'arrêt T-335/99, qui sont reproduits au point précédent.

12 Dès lors, par les arrêts attaqués, le Tribunal a rejeté les recours introduits par Henkel contre les décisions litigieuses.

Les pourvois

13 Henkel conclut à l'annulation des arrêts attaqués ainsi que des décisions litigieuses et à la condamnation de l'OHMI aux dépens.

14 L'OHMI conclut au rejet des pourvois et à la condamnation de Henkel aux dépens.

15 Par ordonnance du 9 janvier 2003, le président de la Cour a rejeté la demande de la société Reckitt Benckiser NV, déposée au greffe de la Cour le 6 mai 2002, tendant à être autorisée à intervenir à l'appui des conclusions de Henkel.

16 Au soutien de ses pourvois, Henkel fait valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit dans son interprétation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Ce moyen unique se subdivise, en substance, en trois branches relatives:

— au caractère distinctif des marques dont l'enregistrement est demandé;

— à la définition du degré d'attention du consommateur moyen, et

— à la date à laquelle il y a lieu d'apprécier le caractère distinctif desdites marques.

17 L'OHMI estime que, dans les arrêts attaqués, le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit dans l'interprétation et l'application de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

Sur la première branche du moyen, relative au caractère distinctif d'une marque

Arguments des parties

18 En premier lieu, Henkel fait valoir que, en constatant que les formes rectangulaires utilisées pour les tablettes en cause constituent des formes venant naturellement à l'esprit, le Tribunal a appliqué un critère incorrect pour l'évaluation du caractère distinctif d'une marque. En l'espèce, il aurait dû se limiter à analyser si les caractéristiques de ces tablettes sont différentes de celles qui sont habituelles pour de tels produits ou si elles sont imposées par des contraintes techniques.

19 Henkel conteste également l'affirmation du Tribunal selon laquelle les différentes couleurs utilisées dans un produit détergent ne sont pas perçues comme une indication d'origine de celui-ci, mais signifient simplement pour le consommateur la présence de différentes substances actives dans ce produit. Selon elle, le public perçoit l'agencement des couleurs comme une caractéristique individuelle de la présentation d'un produit détergent déterminé.

20 Henkel ajoute, dans l'affaire C-456/01 P, que, dans son analyse du caractère distinctif de la marque dont l'enregistrement est demandé, le Tribunal n'aurait pas dû écarter la circonstance qu'elle est la seule entreprise à utiliser la couleur rouge pour les produits détergents. Selon elle, en effet, pour apprécier le caractère distinctif de cette marque, il est important que le public puisse faire le lien avec le titulaire de celle-ci sur cette seule base, en raison de l'utilisation exclusive de la couleur rouge pour lesdits produits.

21 En second lieu, Henkel estime que le fait que le Tribunal s'est fondé principalement sur la circonstance que les formes et les couleurs des tablettes en cause constituent une forme géométrique ou des couleurs de base laisse présumer qu'il a intégré dans son analyse du caractère distinctif de la marque des considérations liées à l'éventuel impératif de disponibilité, contrairement à ce qui a été jugé dans l'arrêt du 4 mai 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 et C-109/97, Rec. p. I-2779).

22 Henkel ajoute que, en tout état de cause, aucun impératif de disponibilité ne s'oppose à l'utilisation de la combinaison d'une forme et de couleurs telle que celle dont l'enregistrement en tant que marque est demandé en l'espèce. S'agissant, tout d'abord, de la forme choisie, ce serait le fabricant qui, sous réserve du respect de certains paramètres techniques, la détermine librement. Au plan technique, il n'apparaîtrait pas que les concurrents ne peuvent fabriquer des tablettes utilisables par le consommateur qu'en choisissant la forme faisant l'objet des demandes d'enregistrement en cause en l'espèce. Ensuite, il n'y aurait aucun impératif de disponibilité en ce qui concerne l'agencement concret des couleurs. Selon Henkel,

si le consommateur rencontre un agencement de couleurs, il ne le percevra pas comme une indication impérative sur le plan technique, mais comme l'expression libre et fantaisiste de l'individualité du produit. Il s'ensuivrait, enfin, qu'aucun impératif de disponibilité n'empêche l'enregistrement d'une certaine combinaison de formes et de couleurs telle que celle en cause en l'espèce.

23 L'OHMI fait valoir, en premier lieu, que le Tribunal a considéré à juste titre que les marques dont l'enregistrement est demandé ne sont pas susceptibles de protection en application de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, au motif qu'il s'agit de marques tridimensionnelles constituées par une combinaison d'éléments de présentation venant naturellement à l'esprit et typiques du produit concerné, qui ne permettent pas au public pertinent de distinguer les produits visés de ceux ayant une autre origine commerciale.

24 Selon l'OHMI, pour qu'une marque tridimensionnelle constituée par la forme d'un produit ait un caractère distinctif au sens dudit article 7, paragraphe 1, sous b), la marque doit être originale, inhabituelle ou arbitraire. Des formes ou des combinaisons de formes et de couleurs usuelles, banales ou venant naturellement à l'esprit seraient dépourvues de caractère distinctif.

25 Il considère que, dans le cas d'une tablette pour lave-linge ou lave-vaisselle, c'est la fonctionnalité qui prime et, pour le consommateur, c'est la forme rectangulaire, comme n'importe quelle autre forme aussi simple, qui est normale et naturelle pour ce genre de produit. Le consommateur ne s'interrogerait pas sur la composition exacte et l'effet des agents de couleur de la tablette, mais supposerait tout au plus qu'il s'agit de deux substances aux propriétés différentes et non pas d'un moyen d'identification de l'origine du produit. La forme du produit lui-même n'assurerait la fonction d'indication d'origine de celui-ci que dans des cas exceptionnels. Cette circonstance ne découle pas, selon l'OHMI, de critères juridiques différents, voire plus sévères. Elle serait plutôt le résultat d'une situation de fait, à savoir la manière dont les consommateurs perçoivent les produits concernés.

26 L'OHMI fait également valoir que c'est à juste titre que, dans les arrêts attaqués, le Tribunal a fondé son examen du caractère distinctif des marques dont l'enregistrement est demandé sur l'impression d'ensemble produite par la marque, une telle approche n'excluant pas, et exigeant même, que les différents éléments de présentation soient considérés séparément. Cette approche correspondrait à la pratique de l'examen des demandes d'enregistrement par l'OHMI, en particulier dans le cas de marques tridimensionnelles.

27 L'OHMI conclut que le dépôt d'une demande d'enregistrement portant sur des formes de produits tellement simples et banales ne peut servir au demandeur à s'assurer la priorité d'une marque communautaire et que les tablettes de ce genre, pour lave-linge ou lave-vaisselle, ne sont susceptibles de protection que si et à partir du moment où, à la suite d'un usage intensif, elles ont réussi à s'implanter en tant que signes d'un fabricant donné, conformément à l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94.

28 S'agissant, en second lieu, de l'impératif de disponibilité, l'OHMI soutient que l'interprétation de ce concept défendue par Henkel, en se fondant sur l'ancienne jurisprudence des juridictions allemandes, a été catégoriquement rejetée par la Cour dans l'arrêt Windsurfing Chiemsee, précité.

29 Il ajoute que la description faite par Henkel de l'évolution des produits de lessive et du marché pour ces produits plaide en faveur de l'existence présumée d'un impératif de disponibilité (non, toutefois, au sens de ladite jurisprudence), dans la mesure où elle montre à quel point les différentes entreprises concurrentes ont, dès le départ, eu recours à la fois aux formes rectangulaires et circulaires, ainsi qu'à une deuxième couche colorée, pour les tablettes pour lave-linge ou lave-vaisselle.

Appréciation de la Cour

30 Conformément à l'article 4 du règlement n° 40/94, peuvent constituer des marques communautaires tous signes susceptibles d'une représentation graphique, à condition que de tels signes soient propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.

31 Il résulte de ladite disposition que tant la forme d'un produit que ses couleurs comptent parmi les signes susceptibles de constituer une marque communautaire. Dès lors, un signe composé de la forme tridimensionnelle d'une tablette pour lave-linge ou lave-vaisselle, en combinaison avec l'agencement des couleurs de cette tablette, peut, en principe, constituer une marque pour autant que les deux conditions mentionnées au point précédent sont remplies.

32 Toutefois, ainsi que le Tribunal l'a relevé à bon droit aux points 42 de l'arrêt T-335/99 et 40 de l'arrêt T-336/99, l'aptitude générale d'un signe à constituer une marque au sens de l'article 4 du règlement n° 40/94 n'implique cependant 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.

33 Aux termes de cette dernière disposition, sont refusées à l'enregistrement les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif.

34 Le caractère distinctif d'une marque au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 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, à

propos de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1), disposition qui est identique audit article 7, paragraphe 1, sous b), arrêt du 8 avril 2003, Linde e.a., C-53/01 à C-55/01, Rec. p. I-3161, point 40].

35 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 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 arrêts Linde e.a., précité, point 41, et du 12 février 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, Rec. p. I-1619, point 34).

36 À cet égard, il ressort des motifs des arrêts attaqués que le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit dans son interprétation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

37 En effet, le Tribunal a, conformément à une jurisprudence bien établie de la Cour, apprécié l'absence de caractère distinctif des marques en cause par rapport, d'une part, aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement de celles-ci est demandé et, d'autre part, par rapport à la perception du public pertinent, constitué, en l'espèce, de tous les consommateurs.

38 Le Tribunal a également relevé à bon droit que les critères d'appréciation du caractère distinctif des marques tridimensionnelles constituées par la forme du produit lui-même ne sont pas différents de ceux applicables aux autres catégories de marques. Il a toutefois rappelé que, 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 la forme et les couleurs 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, en ce sens, arrêts Linde e.a., précité, point 48, et du 12 février 2004, Henkel, C-218/01, Rec. p. I-1725, point 52).

39 Dans ces conditions, plus la forme dont l'enregistrement est demandé se rapproche de la forme la plus probable que prendra le produit en cause, plus il est vraisemblable que ladite forme est dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Seule une marque qui, de manière significative, diverge de la norme ou des habitudes du secteur et, de ce fait, remplit sa fonction essentielle d'origine n'est pas dépourvue de caractère distinctif au sens de ladite disposition [voir, à propos de la disposition identique figurant à l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la première directive 89/104, arrêt Henkel, précité, point 49].

40 Il s'ensuit que, en jugeant que les marques dont l'enregistrement est demandé sont dépourvues de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit au regard de cette disposition et de la jurisprudence pertinente de la Cour.

41 Quant à l'application concrète de ces critères aux cas d'espèce par le Tribunal, il convient de relever qu'elle comporte des appréciations de nature factuelle. Or, le Tribunal est seul compétent, d'une part, pour constater les faits, sauf dans les cas où l'inexactitude matérielle de ses constatations résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises, et, d'autre part, pour apprécier ces faits. L'appréciation des faits ne constitue donc pas, sous réserve du cas de la dénaturation des éléments qui lui ont été présentés, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi (voir arrêt du 19 septembre 2002, DKV/OHMI, C-104/00 P, Rec. p. I-7561, point 22).

42 En l'espèce, les constatations effectuées par le Tribunal ne révèlent aucun élément qui laisserait présumer une dénaturation des éléments qui lui ont été soumis.

43 S'agissant de l'argument de Henkel concernant la prétendue application par le Tribunal d'un impératif de disponibilité, il convient de rappeler que celui-ci s'est fondé sur l'absence de caractère distinctif de la forme et des couleurs des tablettes en cause.

44 En tout état de cause, à supposer même que le Tribunal ait incorporé des considérations d'intérêt général dans son appréciation du caractère distinctif, il n'a commis aucune erreur de droit à cet égard.

45 Chacun des motifs de refus d'enregistrement énumérés à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 est indépendant des autres et exige un examen séparé. En outre, il convient d'interpréter lesdits motifs de refus à la lumière de l'intérêt général qui sous-tend chacun d'entre eux (voir notamment, en ce sens, arrêts du 18 juin 2002, Philips, C-299/99, Rec. p. I-5475, point 77, et Linde e.a., précité, points 67 et 71).

46 L'intérêt général pris en considération lors de l'examen de chacun de ces motifs de refus peut, voire, doit refléter des considérations différentes, selon le motif de refus en cause.

47 En ce qui concerne l'enregistrement en tant que marque d'une couleur en elle-même, sans délimitation de celle-ci dans l'espace, la Cour a déjà jugé, dans l'arrêt du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, Rec. p. I-3793, point 60), que l'intérêt général

sous-tendant l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la première directive 89/104, disposition qui est identique à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, vise la nécessité de ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé.

48 Il convient d'ailleurs de relever qu'il n'existe pas d'intérêt général à conférer toute la protection visée par le règlement n° 40/94 à une marque qui ne remplit pas sa fonction essentielle, à savoir celle de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service concerné, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance.

49 Enfin, s'agissant de l'argument de Henkel selon lequel l'OHMI a déjà admis le caractère distinctif de marques constituées par la forme de tablettes pour lave-linge et lave-vaisselle comparables à celles dont l'enregistrement est demandé en l'espèce, force est de constater que cet argument n'a pas été invoqué devant le Tribunal.

50 Or, permettre à une partie de soulever pour la première fois devant la Cour un moyen qu'elle n'a pas invoqué 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 limitée à l'appréciation de la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges (arrêt du 1er juin 1994, Commission/Brazzelli Lualdi e.a., C-136/92 P, Rec. p. I-1981, point 59, et ordonnance du 28 juin 2001, Eridania e.a./Conseil, C-352/99 P, Rec. p. I-5037, point 53).

51 Ledit argument doit donc être écarté comme irrecevable.

52 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de rejeter la première branche du moyen, relative au caractère distinctif d'une marque, comme non fondée.

Sur la deuxième branche du moyen, relative à la définition du degré d'attention du consommateur moyen

Arguments des parties

53 Henkel admet que, en principe, le degré d'attention du consommateur moyen peut varier en fonction du type de produit. Toutefois, elle soutient que, contrairement à l'analyse du Tribunal, aucun élément ne permet de conclure que, par principe, pour les produits de consommation courante, le niveau d'attention du consommateur n'est pas très élevé. Selon elle, il faudrait au contraire considérer que, pour les articles de consommation courante, tels que ceux en cause en l'espèce, le consommateur a un intérêt particulier à connaître non pas seulement la catégorie dont fait partie le produit concerné, mais également la nature exacte de celui-ci.

54 En outre, les fabricants de produits pour lave-linge et lave-vaisselle mettraient clairement en relief, dans leur publicité, la qualité de leurs différents produits. Par

conséquent, le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, associerait certaines exigences de qualité à certains produits et s'efforcerait de distinguer les produits en se référant à leur aspect.

55 L'OHMI fait valoir que les arrêts attaqués ont considéré que le public pertinent est constitué de tous les consommateurs, étant donné que les produits pour lave-linge et lave-vaisselle, présentés sous forme de tablettes, sont des biens de consommation largement répandus. Selon lui, si le consommateur moyen concerné n'accorde qu'une faible attention à la forme et à la couleur précises des tablettes, c'est justement parce qu'elles ne se vendent pas en vrac, mais dans un conditionnement dont il suffit de retirer à chaque utilisation uniquement le nombre de tablettes nécessaires. Le consommateur ne tiendrait ces tablettes en main que quelques instants et il n'aurait pas de raison de se demander, pendant ces quelques instants, quelle est la tablette qu'il se propose d'utiliser.

Appréciation de la Cour

56 À cet égard, la constatation effectuée par le Tribunal aux points 48 de l'arrêt T-335/99 et 46 de l'arrêt T-336/99, selon laquelle, s'agissant de produits de consommation quotidienne, le niveau d'attention du consommateur moyen à l'égard de la forme et des couleurs des tablettes pour lave-linge ou lave-vaisselle n'est pas élevé, constitue une appréciation de nature factuelle qui, ainsi qu'il a été rappelé au point 41 du présent arrêt, n'est pas soumise au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi dès lors que, comme en l'espèce, elle ne constitue pas une dénaturation des éléments de fait qui ont été soumis au Tribunal.

57 Dans ces conditions, cette deuxième branche du moyen, relative à la définition du degré d'attention du consommateur moyen, doit également être rejetée.

Sur la troisième branche du moyen, relative à la date à laquelle il y a lieu d'apprécier le caractère distinctif d'une marque

Arguments des parties

58 Selon Henkel, le Tribunal n'a pas tranché la question de savoir à quelle date il convient de se placer pour apprécier l'absence de caractère distinctif des marques dont l'enregistrement est demandé. Cette appréciation doit se faire, selon elle, sur la base des faits tels qu'ils se présentent à la date du dépôt de la demande d'enregistrement. Le demandeur ne pourrait prendre la décision de déposer ou non une marque qu'en vertu des faits dont il a connaissance à cette date. Pour déterminer si un signe présente des éléments caractéristiques allant au-delà de ceux qui sont typiques d'un produit ou déterminés par des raisons techniques, seuls les produits connus au moment du dépôt de ladite demande et leurs caractéristiques typiques pourraient être pris en compte.

59 Henkel fait valoir, en se référant à la situation du marché à la date du dépôt de ses demandes d'enregistrement, que la condition relative au caractère distinctif était remplie à cette date. Selon elle, la présentation typique des produits pour lave-linge et lave-vaisselle était alors une présentation sous forme de poudre, de sorte que la simple idée des tablettes conférait une caractéristique distinctive à ces produits qui surpassait la forme de ceux-ci, laquelle était alors habituelle et imposée par des contraintes techniques. Henkel soutient que les marques dont l'enregistrement est demandé, avec leurs caractéristiques arbitraires, qui ne sont pas déterminées par des impératifs techniques ni liées au produit, présentaient des caractéristiques distinctives par rapport aux produits présents à l'époque sur le marché.

60 L'OHMI fait valoir que, dans les arrêts attaqués, le Tribunal n'a pas jugé nécessaire de statuer sur ce point au motif que le caractère distinctif faisait défaut aux marques en cause à la date du dépôt des demandes d'enregistrement. Il soutient que les conditions exigées pour l'enregistrement d'une marque communautaire doivent être remplies tant à la date du dépôt de la demande qu'à celle de l'enregistrement. En l'espèce, c'est notamment le fait que la combinaison de la forme et des couleurs des tablettes était devenue usuelle qui se serait opposé à l'enregistrement.

Appréciation de la Cour

61 Ainsi qu'il ressort du point 34 du présent arrêt, une marque présente un caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 si elle permet de distinguer les produits ou services pour lesquels l'enregistrement est demandé de ceux d'autres entreprises.

62 En l'espèce, le Tribunal a considéré à bon droit, au point 57 de l'arrêt T-335/99 et au point correspondant de l'arrêt T-336/99, qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question de la date pertinente pour apprécier le caractère distinctif des marques au sens de ladite disposition, dès lors qu'il avait jugé que les marques dont l'enregistrement est demandé ne permettent pas de distinguer l'origine des produits en cause et que cette conclusion ne saurait être infirmée par le nombre plus ou moins grand de tablettes similaires déjà présentes sur le marché.

63 Dans ces conditions, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en considérant qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer sur la question de savoir à laquelle des deux dates il convient d'apprécier le caractère distinctif des marques en cause.

64 Cette troisième branche du moyen, relative à la date à laquelle il y a lieu d'apprécier le caractère distinctif d'une marque, doit donc être également rejeté comme non fondée.

65 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que les pourvois ne sont pas fondés et doivent, dès lors, être rejetés.

Sur les dépens

66 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118 de ce 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 Henkel et celle-ci ayant succombé en son moyen, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (sixième chambre)

déclare et arrête:

1) **Les pourvois sont rejetés.**

2) **Henkel KGaA est condamnée aux dépens.**

Skouris Cunha Rodrigues Puissochet

Schintgen Macken

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 29 avril 2004.

Le greffier

R. Grass

Le président

V. Skouris