ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

7 octobre 2004 *

Dans l'affaire C-136/02 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 49 du statut CE de la Cour de justice,

introduit le 8 avril 2002,

Mag Instrument Inc., établie à Ontario, Californie (États-Unis d'Amérique), représentée initialement par Mes A. Nette, G. Rahn, W. von der Osten-Sacken et H. Stratmann, puis par Mes W. von der Osten-Sacken, U. Hocke et A. Spranger, Rechtsanwälte,

partie requérante,

* Langue de procédure: l'allemand.

l'autre partie à la procédure étant:

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

partie défenderesse en première instance,

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M. C. W. A. Timmermans, président de chambre, MM. C. Gulmann, J.-P. Puissochet et J. N. Cunha Rodrigues, et Mme F. Macken (rapporteur), juges,

avocat général: M. D. Ruiz-Jarabo Colomer,
greffier: Mme L. Hewlett, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 5 février 2004,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 16 mars 2004,

rend le présent

Arrêt

1 Par son pourvoi, Mag Instrument Inc. demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance du 7 février 2002, Mag Instrument/OHMI (forme de lampes de poche) (T-88/00, Rec. p. II-467, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a rejeté son recours tendant à l'annulation de la décision de la deuxième chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (ci-après l'«OHMI») du 14 février 2000 (affaires R-237/1999-2 à R-41/1999-2), refusant l'enregistrement de cinq marques tridimensionnelles constituées par des formes de lampes de poche (ci-après la «décision litigieuse»).

Le cadre juridique

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

«1. Sont refusés à l'enregistrement:

[...]

b) les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif;

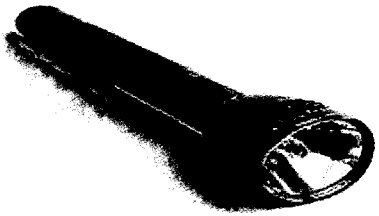
[...]

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

3 Le 29 mars 1996, la requérante a présenté, en vertu du règlement n° 40/94, cinq demandes de marques tridimensionnelles communautaires à l'OHMI.

4 Les marques tridimensionnelles dont l'enregistrement a été demandé correspondent aux formes de cinq lampes de poche, reproduites ci-après, commercialisées par la requérante.



«3 C-Cell Mag-Lite»



«3 D-Cell Mag-Lite»



«Mag Charger»



«Mini Maglite»



«Solitaire»

5 Les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent des classes 9 et 11 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: «Accessoires pour appareils d'éclairage, notamment lampes de poche» et «Appareils d'éclairage, notamment lampes de poche, y compris pièces détachées et accessoires pour les produits précités».

6 Par trois décisions du 11 mars 1999 et par deux décisions du 15 mars 1999, l'examinateur de l'OHMI a rejeté ces demandes au motif que les marques en cause étaient dépourvues de caractère distinctif.

7 Par la décision litigieuse, la deuxième chambre de recours de l'OHMI a confirmé les décisions de l'examinateur.

8 Dans cette décision, ladite chambre a considéré, après avoir rappelé le contenu de l'article 4 du règlement nº 40/94, que, en l'absence d'usage, et afin que la seule forme d'un produit puisse constituer un signe distinctif de l'origine du produit, cette forme doit présenter des caractéristiques suffisamment différentes de la forme habituelle du produit pour qu'un acheteur potentiel la perçoive d'abord comme étant une indication de l'origine du produit et non comme une représentation du produit lui-même. La chambre de recours a, en outre, estimé que, si la forme ne présente pas suffisamment de différence par rapport à la forme habituelle du produit et, donc, si l'acheteur potentiel ne la perçoit que comme représentant le produit, cette forme est alors descriptive et tombe dans le champ d'application de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 40/94, de la même façon qu'un mot uniquement constitué par le nom du produit. Selon la chambre de recours, la question essentielle est celle de savoir si la représentation d'une des marques en cause indique immédiatement à l'acheteur moyen de lampes de poche qu'il s'agit d'une lampe de poche qui provient d'une origine déterminée, ou simplement d'une lampe de poche. La chambre de recours ajoute, d'une part, que le fait que le design des produits de la requérante soit attrayant n'implique pas nécessairement qu'il soit distinctif de façon intrinsèque.

D'autre part, elle affirme que le fait qu'un signe devrait être refusé en vertu de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 au motif qu'il est dépourvu de tout caractère distinctif ne signifie pas qu'il faille enregistrer une marque ayant le moindre trait de ce caractère. Elle estime qu'il résulte de l'essence même du règlement nº 40/94 que le niveau de caractère distinctif exigé doit être d'un degré tel que la marque puisse fonctionner comme une indication d'origine. La chambre de recours conclut que, malgré les nombreux attributs attrayants de chaque forme, aucune n'est intrinsèquement distinctive pour l'acheteur moyen d'une lampe de poche.

La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

9 La requérante a introduit un recours devant le Tribunal aux fins de l'annulation de la décision litigieuse au motif que les marques en cause ne sont pas dépourvues de caractère distinctif.

10 Entre autres arguments, elle a produit un ensemble d'éléments, décrits aux points 18, 19, 21 et 22 de l'arrêt attaqué, visant à démontrer que les marques en cause ne sont pas dépourvues de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94. Tout d'abord, elle a produit une expertise du professeur Stefan Lengyel «sur l'originalité, la créativité et le caractère distinctif de la forme des lampes de poche en cause», qui conclut au caractère distinctif de chacune desdites formes. Ensuite, elle a fait valoir que le caractère distinctif des formes pour lesquelles l'enregistrement est demandé leur est reconnu internationalement, ainsi que l'attesteraient les nombreuses références auxdites lampes dans plusieurs ouvrages, leur présence dans les collections de différents musées et l'obtention de prix internationaux. Enfin, elle a soutenu que l'aptitude des marques en cause à indiquer la provenance du produit était prouvée par le fait que des contrefaçons des modèles originaux de la requérante lui étaient envoyées par des consommateurs pour réparation, alors même qu'elles ne portaient pas le nom «Mag Lite», et que les auteurs de ces contrefaçons faisaient souvent de la publicité pour leurs produits à l'aide du design original des lampes de poche Mag Lite.

11 L'OHMI a soutenu, en substance, que les formes en cause devaient être considérées comme usuelles et ne pouvaient donc exercer la fonction d'indication de l'origine assignée à la marque.

12 Le Tribunal a jugé que la deuxième chambre de recours de l'OHMI avait conclu à juste titre que les marques tridimensionnelles en cause étaient dépourvues de caractère distinctif, et ce pour les motifs suivants:

«28 Aux termes de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, sont refusées à l'enregistrement 'les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif'.

29 Une marque est pourvue de caractère distinctif lorsqu'elle permet de distinguer, selon leur origine, les produits ou services pour lesquels son enregistrement a été demandé.

30 Le caractère distinctif d'une marque doit être apprécié, d'une part, par rapport à ces produits et services et, d'autre part, par rapport à la perception d'un public ciblé, qui est constitué par le consommateur de ces produits ou services.

[...]

32 Il convient de constater, en outre, que l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, qui établit le refus d'enregistrement pour les marques dépourvues de tout caractère distinctif, ne fait aucune distinction concernant différentes catégories de marques. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'appliquer des critères, ou de poser des exigences, plus sévères lors de l'appréciation du caractère distinctif des marques tridimensionnelles constituées par la forme des produits eux-mêmes, comme celles demandées en l'espèce, par rapport aux critères ou exigences appliqués à d'autres catégories de marques.

33 Cependant, l'appréciation du caractère distinctif d'une marque implique la prise en considération de tous les éléments pertinents liés aux circonstances spécifiques de l'espèce. Parmi ces éléments, il ne saurait être exclu que la nature de la marque dont l'enregistrement est demandé puisse influencer la perception que le public ciblé aura de la marque.

34 Conformément aux termes de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, il s'avère, par ailleurs, suffisant d'établir que la marque a un minimum de caractère distinctif pour que ce motif absolu de refus ne trouve pas à s'appliquer. Il convient donc de rechercher — dans le cadre d'un examen a priori et en dehors de tout usage effectif 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 ou services visés de ceux provenant d'autres entreprises, lorsqu'il sera appelé à effectuer son choix lors de l'acquisition de ces produits ou services.

35 Le caractère distinctif des marques doit être apprécié en tenant compte de l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé [arrêts de la Cour du 22 juin 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Rec. p. I-3819, point 26, et du Tribunal du 7 juin 2001, DKV/OHMI (EuroHealth), T-359/99, point 27, Rec. p. II-1645]. Les

produits dont l'enregistrement de la forme a été demandé en tant que marque, en l'espèce, cinq formes de lampes de poche, sont des biens de consommation générale et le public ciblé doit donc être considéré comme étant composé de tous les consommateurs.

36 Pour apprécier si les cinq formes de lampes de poche dont l'enregistrement a été demandé en tant que marque peuvent influer sur la mémoire du consommateur moyen en tant qu'indication d'origine, c'est-à-dire de manière à individualiser les produits et à les associer à une origine commerciale déterminée, il y a lieu de relever d'abord qu'elles se caractérisent par le fait d'être cylindriques. Cette forme cylindrique constitue une des formes habituelles des lampes de poche. Dans quatre des demandes présentées, le corps cylindrique des lampes de poche s'évase à l'extrémité où se situe l'ampoule, alors que, dans la cinquième demande, la lampe ne comporte pas un tel évasement, étant purement cylindrique. Dans toutes ces demandes, les marques correspondent à des formes communément utilisées par d'autres fabricants de lampes de poche présentes sur le marché. Les marques demandées fournissent plutôt ainsi au consommateur une indication sur un produit et ne permettent pas d'individualiser ce produit et de l'associer à une origine commerciale déterminée.

37 Ensuite, s'agissant des caractéristiques auxquelles la requérante se réfère pour considérer les formes demandées en tant que marques comme ayant la capacité intrinsèque de distinguer ses produits de ceux de ses concurrents, dont notamment leurs qualités esthétiques et leur design d'une originalité rare, il y a lieu de relever que de telles formes apparaissent, par ces caractéristiques, plutôt comme des variantes d'une des formes habituelles des lampes de poche que comme des formes capables d'individualiser les produits en cause et de signaler, à elles seules, une origine commerciale déterminée. Le consommateur moyen est habitué à voir des formes analogues à celles en cause, présentant une large variété de design. Les formes dont l'enregistrement a été demandé ne se différencient pas des formes du même type de produits trouvés communément dans le commerce. Il n'est donc pas exact de prétendre, comme le fait la

requérante, que les particularités des formes des lampes de poche en cause, dont, notamment, leur esthétique, attirent l'attention du consommateur moyen sur l'origine commerciale des produits.

[...]

39 La possibilité que le consommateur moyen ait pu acquérir l'habitude de reconnaître les produits de la requérante sur la base de leur seule forme ne saurait écarter, en l'espèce, l'application du motif absolu de refus établi par l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Une telle perception des marques demandées ne pourrait être prise en considération que dans le cadre de l'application de l'article 7, paragraphe 3, dudit règlement, lequel n'a, à aucun moment de la procédure, été invoqué par la requérante. Tous les éléments présentés par la requérante, invoqués ci-dessus aux points 17 à 19, 21 et 22 tendant à démontrer le caractère distinctif des marques demandées, sont liés à la possibilité qu'un tel caractère soit acquis pour les lampes de poche en cause après l'usage qui en aurait été fait et ne sauraient, dès lors, être considérés comme pertinents dans le cadre de l'appréciation de leur caractère distinctif intrinsèque, conformément à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

40 Au vu des considérations qui précèdent, les marques tridimensionnelles demandées en l'espèce ne peuvent donc, telles qu'elles sont perçues par un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, individualiser les produits visés et les distinguer de ceux ayant une autre origine commerciale.

[...]»

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

Le pourvoi

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

— annuler l'arrêt attaqué en constatant qu'il n'existe aucun motif absolu de refus, au sens de l'article 7 du règlement n° 40/94, s'opposant à l'enregistrement des marques en cause;

— annuler la décision litigieuse;

— condamner l'OHMI aux dépens.

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

Sur le premier moyen

Arguments des parties

16 Par son premier moyen, la requérante allègue que, dans le cadre de son appréciation du caractère distinctif des marques en cause, le Tribunal n'a pas analysé, comme il l'aurait dû, l'impression d'ensemble produite par chacune d'elle, mais a adopté, au point 36 de l'arrêt attaqué, une approche erronée, consistant à décomposer lesdites marques en constatant qu'«elles se caractérisent par le fait d'être cylindriques» et que, pour quatre d'entre elles, «le corps cylindrique des lampes de poche s'évase à l'extrémité où se situe l'ampoule». Ce faisant, le Tribunal aurait violé l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

17 La requérante, qui fournit une description extrêmement détaillée des caractéristiques des lampes de poche en cause, fait valoir que, si le Tribunal avait recherché les critères optiques et esthétiques qui donnent leur empreinte à chacune d'elles dans sa globalité, il aurait nécessairement abouti à la conclusion que les marques en cause ne sont pas dépourvues de caractère distinctif.

18 L'OHMI allègue que c'est au contraire la requérante qui, par ses descriptions détaillées desdites lampes de poche, adopte une approche erronée consistant à décomposer la forme.

Appréciation de la Cour

19 Le caractère distinctif d'une marque au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 doit être apprécié par rapport, d'une part, aux produits ou services pour lesquels l'enregistrement de la marque a été demandé et, d'autre part, à la perception du public pertinent. Il s'agit de la perception présumée d'un consommateur moyen desdits produits ou services, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé [voir, en ce sens, 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 à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, arrêt du 12 février 2004, Henkel, C-218/01, non encore publié au Recueil, point 50, et jurisprudence citée; voir également arrêt du 29 avril 2004, Henkel/OHMI, C-456/01 P et C-457/01 P, Rec. p. I-5089, point 35, et jurisprudence citée].

20 Ainsi que la Cour l'a constaté à de nombreuses reprises, le consommateur moyen perçoit normalement une marque comme un tout et ne se livre pas à un examen de ses différents détails. Aussi, afin d'apprécier si une marque est ou non dépourvue de caractère distinctif, il convient de prendre en considération l'impression d'ensemble qu'elle produit (voir, s'agissant d'une marque verbale, arrêt du 19 septembre 2002, DKV/OHMI, C-104/00 P, Rec. p. I-7561, point 24, et, s'agissant d'une marque tridimensionnelle constituée par la forme du produit lui-même, arrêt du 29 avril 2004, Procter & Gamble/OHMI, C-468/01 P à C-472/01 P, Rec. p. I-5141, point 44).

21 Les constatations effectuées par le Tribunal aux points 36 et 37 de l'arrêt attaqué ne visent pas à décomposer chacune des marques en cause, mais, au contraire, à examiner l'impression générale que produit la marque concernée. Le reproche formulé par la requérante, selon lequel le Tribunal n'aurait pas apprécié le caractère distinctif de chaque marque dans son ensemble, n'est donc pas fondé.

22 Dans ces conditions, il y a lieu de rejeter le premier moyen comme non fondé.

Sur le sixième moyen

Arguments des parties

23 Par son sixième moyen, la requérante allègue que le Tribunal a violé l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 en appliquant des critères non prévus par ce règlement et trop stricts en ce qui concerne l'appréciation du caractère distinctif des marques en cause.

24 Selon la requérante, à l'instar des marques verbales (arrêt du 20 septembre 2001, Procter & Gamble/OHMI, dit «Baby-dry», C-383/99 P, Rec. p. I-6251, point 40), tout écart perceptible vis-à-vis des produits courants suffit pour que la marque tridimensionnelle constituée de la forme du produit pour lequel l'enregistrement est demandé ne soit pas dépourvue de caractère distinctif.

25 Dans ces conditions, dès lors qu'il a constaté, au point 37 de l'arrêt attaqué, que les formes en cause apparaissent «comme des variantes d'une des formes habituelles des lampes de poche», le Tribunal aurait dû conclure que les marques en cause n'étaient pas dépourvues de caractère distinctif puisque des variantes sont nécessairement des modifications.

26 L'OHMI reconnaît qu'il n'y a pas lieu d'appliquer des critères plus sévères lors de l'appréciation du caractère distinctif des marques tridimensionnelles que ceux appliqués à d'autres catégories de marques. Toutefois, le Tribunal aurait à juste titre relevé, au point 33 de l'arrêt attaqué, que la nature de la marque dont l'enregistrement est demandé peut influencer la perception que le public ciblé en aura.

27 Le consommateur ne ferait normalement pas d'association précise entre la forme tridimensionnelle d'un produit et une certaine origine du même produit, mais se contenterait de percevoir cette forme comme avantageuse sur le plan technique ou sous certains aspects esthétiques, voire même ne lui attacherait aucune signification particulière. Pour qu'un consommateur perçoive la forme même du produit comme un moyen d'identification de son origine, il ne suffirait pas que celle-ci diffère d'une manière ou d'une autre de toutes les autres formes de produits disponibles sur le marché, mais elle devrait avoir une «particularité» quelconque qui éveille l'attention. Pour cette raison, la forme d'un produit se trouverait, en tout état de cause, dépourvue de caractère distinctif dès lors qu'elle est banale pour les produits du secteur concerné et du même genre que les formes habituelles de ceux-ci.

28 L'OHMI considère que, en l'espèce, le Tribunal a correctement appliqué les critères susvisés aux marques dont l'enregistrement était demandé par la requérante.

Appréciation de la Cour

29 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 les produits ou

services pour lesquels l'enregistrement est demandé comme provenant d'une entreprise déterminée et donc de distinguer ces produits ou services de ceux d'autres entreprises (voir arrêt Henkel/OHMI, précité, point 34, et jurisprudence citée).

30 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. 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 la forme 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 basant 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 arrêt Henkel/OHMI, précité, point 38, et jurisprudence citée).

31 Dans ces conditions, plus la forme dont l'enregistrement est demandé en tant que marque 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, est susceptible de remplir sa fonction essentielle d'origine n'est pas dépourvue de caractère distinctif au sens de ladite disposition (voir, en ce sens, arrêt Henkel/OHMI, précité, point 39, et jurisprudence citée).

32 Dès lors, contrairement à ce que soutient la requérante, lorsqu'une marque tridimensionnelle est constituée de la forme du produit pour lequel l'enregistrement est demandé, le simple fait que cette forme soit une «variante» d'une des formes habituelles de ce type de produits ne suffit pas à établir que ladite marque n'est pas dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du

règlement n° 40/94. Il convient toujours de vérifier si une telle marque permet au consommateur moyen de ce produit, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, de distinguer, sans procéder à une analyse et sans faire preuve d'une attention particulière, le produit concerné de ceux d'autres entreprises.

33 La requérante n'établit donc pas que le Tribunal a appliqué des critères non prévus et trop stricts en considérant que les marques tridimensionnelles en cause sont dépourvues de caractère distinctif.

34 Par conséquent, il convient de rejeter le sixième moyen comme non fondé.

Sur le septième moyen

Arguments des parties

35 Par son septième moyen, la requérante soutient que le Tribunal a violé l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 en se fondant, au point 37 de l'arrêt attaqué, sur la constatation que «[l]e consommateur moyen est habitué à voir des formes analogues à celles en cause, présentant une large variété de design», pour conclure à l'absence de caractère distinctif des marques en cause.

36 Selon la requérante, à supposer même que cette constatation soit exacte, deux conclusions opposées peuvent en être tirées quant à la perception des marques par le consommateur. Soit le consommateur serait indifférent à la forme en tant

qu'indication de provenance parce qu'il serait, de façon générale, «habitué à voir ces formes». Mais, selon la requérante, cette conclusion doit être exclue, car, en introduisant dans le règlement n° 40/94 la catégorie des marques constituées par la forme du produit, le législateur communautaire aurait considéré que la forme du produit est une indication de leur provenance. Soit la large variété de design amènerait précisément le consommateur à faire attention à la forme des produits et donc aux variantes existant dans la conception de produits de provenances différentes. Selon la requérante, cette dernière conclusion s'impose, car il est constant que le consommateur n'est pas indifférent aux formes. Le raisonnement suivi par le Tribunal au point 37 de l'arrêt attaqué comporterait donc une contradiction interne.

Appréciation de la Cour

37 D'une part, il ne résulte nullement du point 37 de l'arrêt attaqué que le Tribunal a considéré que le consommateur serait, par principe, indifférent à la forme en tant qu'indication de provenance.

38 D'autre part, quant à l'affirmation de la requérante selon laquelle la large variété de design amènerait précisément le consommateur à faire attention à la forme des produits et donc aux variantes existant dans la conception de produits de provenances différentes, elle vise en réalité à amener la Cour à substituer sa propre appréciation des faits à celle effectuée par le Tribunal, au point 37 de l'arrêt attaqué.

39 Or, ainsi qu'il ressort des articles 225 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, en ce sens, arrêts DKV/OHMI, précité, point 22, et du 2 octobre 2003, Thyssen Stahl/ Commission, C-194/99 P, Rec. p. I-10821, point 20).

40 Dès lors que la dénaturation par le Tribunal des faits ou des éléments de preuve qui lui ont été soumis n'est pas alléguée dans le cadre du présent moyen, il convient de rejeter celui-ci comme irrecevable.

Sur le quatrième moyen

Arguments des parties

41 Par son quatrième moyen, la requérante soutient que le Tribunal a violé l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 en ne prenant pas en considération, dans son appréciation du caractère distinctif des marques en cause, leur perception effective par les consommateurs.

42 Selon la requérante, ainsi que le Tribunal l'a lui-même indiqué au point 33 de l'arrêt attaqué, l'appréciation du caractère distinctif d'une marque implique la prise en considération de tous les éléments pertinents liés aux circonstances spécifiques de l'espèce. Pourtant, en contradiction flagrante avec cette affirmation, le Tribunal se serait, aux points 34 et 39 de l'arrêt attaqué, illicitement limité à un examen a priori, en dehors de tout usage de la marque, en ne prenant pas en compte les éléments de preuve concernant la perception par le public des marques en cause après leur usage.

43 Des raisons de pur droit justifieraient de prendre en considération la perception effective que le public a d'une marque pour en apprécier le caractère distinctif ab initio. Tout d'abord, aux termes du septième considérant du règlement n° 40/94, le but de la protection conférée par la marque communautaire est de garantir la fonction d'origine de la marque; or, la seule manière d'établir avec certitude si la fonction d'origine de la marque est garantie serait de s'appuyer sur la perception effective de la marque par le public concerné. Ensuite, il résulterait du libellé même de l'article 7 du règlement n° 40/94 — et notamment de l'emploi des termes «dans le commerce» au paragraphe 1, sous c), et «le public» au paragraphe 1, sous g) — que tous les motifs absolus de refus visés au paragraphe 1 de cet article doivent être appréciés en fonction de l'opinion du public concerné. Enfin, cette interprétation aurait été confirmée à plusieurs reprises par la Cour (arrêt Baby-dry, précité, point 42) et le Tribunal [arrêts du 31 janvier 2001, Taurus-Film/OHMI (Cine Action), T-135/99, Rec. p. II-379, point 27, et Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld/OHMI (Giroform), T-331/99, Rec. p. II-433, point 24], et elle serait également celle adoptée par les juridictions allemandes.

44 L'OHMI considère que le Tribunal a à juste titre apprécié le caractère distinctif des marques en cause, dont l'enregistrement a été demandé conformément à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, dans le cadre d'un examen a priori et en dehors de tout usage effectif du signe. En effet, la disposition de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, qui concerne le caractère distinctif acquis par l'usage, serait privée d'utilité si, dès l'appréciation du caractère distinctif ab initio d'une marque, il fallait faire intervenir les éléments liés à son usage.

45 Il serait constant que la requérante ne s'est pas prévalue de l'usage fait de sa marque, au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94. Dès lors, c'est à juste titre que le Tribunal aurait examiné le caractère distinctif des marques en cause du point de vue d'un consommateur qui connaît les formes de lampes de poche présentes sur le marché et se trouve confronté pour la première fois aux lampes de poche en cause.

Appréciation de la Cour

46 Ainsi qu'il a été rappelé au point 29 du présent arrêt, le caractère distinctif d'une marque au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 signifie que cette marque permet d'identifier les produits ou services pour lesquels l'enregistrement est demandé comme provenant d'une entreprise déterminée, et donc de distinguer ces produits ou services de ceux d'autres entreprises.

47 Si une marque n'a pas ab initio un caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 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 (voir arrêt du 6 mai 2003, Libertel, C-104/01, Rec. p. I-3793, point 67).

48 Aux fins d'apprécier si une marque est ou non dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, l'OHMI ou, sur recours, le Tribunal prend en considération tous les faits et circonstances pertinents [voir, à propos de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/104, arrêt du 12 février 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, Rec. p. I-1619, point 35].

49 À cet égard, même si, ainsi qu'il a été rappelé au point 19 du présent arrêt, cette appréciation doit être effectuée par rapport à la perception présumée d'un consommateur moyen des produits ou services pour lesquels l'enregistrement est demandé, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, il ne peut être exclu que des éléments de preuve tirés de la perception effective de la marque par les consommateurs puissent, dans certains cas, éclairer l'OHMI ou, sur recours, le Tribunal.

50 Cependant, pour contribuer à établir le caractère distinctif d'une marque au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, ces éléments doivent démontrer que les consommateurs n'ont pas eu besoin de se familiariser avec la marque par voie d'usage, mais qu'elle leur a immédiatement permis de distinguer les produits ou services qui en étaient revêtus des produits ou services des entreprises concurrentes. En effet, comme le fait valoir à juste titre l'OHMI, la disposition de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 serait privée d'utilité si une marque devait être enregistrée conformément au paragraphe 1, sous b), du même article au motif qu'elle a acquis un caractère distinctif par l'usage qui en a été fait.

51 Les éléments de preuve relatifs à la perception effective des marques en cause par les consommateurs, produits par la requérante, sont résumés aux points 21 et 22 de l'arrêt attaqué. Ils tendent à établir que des consommateurs ont considéré des copies des lampes de poche commercialisées par la requérante comme provenant de celle-ci et que des concurrents ont vanté leurs produits en mentionnant qu'ils présentaient le même design que les lampes de la requérante.

52 Contrairement à ce que soutient la requérante, le Tribunal n'a nullement refusé d'examiner ces éléments de preuve.

53 D'une part, en indiquant, au point 34 de l'arrêt attaqué, qu'il convenait de rechercher si les marques en cause permettraient au public ciblé de distinguer les produits ou services visés de ceux provenant d'autres entreprises «dans le cadre d'un examen a priori et en dehors de tout usage effectif du signe au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94», le Tribunal s'est borné à indiquer qu'il ne rechercherait pas si les marques en cause avaient pu acquérir un caractère distinctif au sens de cette disposition, tirant ainsi la conséquence du fait que la requérante ne l'avait invoquée à aucun moment de la procédure.

54 D'autre part, il ressort du point 39 de l'arrêt attaqué que le Tribunal a examiné les éléments de preuve résumés aux points 21 et 22 de l'arrêt attaqué, mais les a écartés comme ne permettant pas d'établir le caractère distinctif des marques en cause, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

55 À cet égard, il y a lieu de constater que ces éléments de preuve portent sur la perception effective des marques en cause par les consommateurs à un moment où les lampes de poche en cause étaient déjà commercialisées depuis de nombreuses années et où les consommateurs s'étaient donc familiarisés avec leur forme. La requérante a d'ailleurs reconnu elle-même, dans sa requête, que lesdits éléments «peuvent également concerner le fait que le public concerné a associé la forme des lampes à la requérante [...] en raison, notamment, de leur usage dans le commerce».

56 Dans ces conditions, le Tribunal a pu, au point 39 de l'arrêt attaqué, considérer, sans les dénaturer, que les éléments de preuve résumés aux points 21 et 22 de l'arrêt attaqué n'établissaient pas que les marques en cause avaient un caractère distinctif, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, et qu'ils étaient seulement susceptibles de démontrer que ces marques pouvaient acquérir un caractère distinctif à la suite de l'usage qui en serait fait, au sens de l'article 7, paragraphe 3, du même règlement.

57 En conséquence, il convient de rejeter le quatrième moyen du pourvoi comme non fondé.

Sur le deuxième moyen

Arguments des parties

58 Par son deuxième moyen, la requérante fait valoir que, au point 39 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a dénaturé les éléments de preuve visés aux points 18, 19, 21 et 22 de l'arrêt attaqué, qu'elle avait produits à l'appui de son recours, en jugeant, contre toute logique, qu'ils ne concernaient que le caractère distinctif acquis par l'usage, au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, ce qui l'a conduit à les ignorer.

59 Selon elle, en effet, ces éléments de preuve se rapportent, exclusivement ou principalement, au caractère distinctif ab initio des marques en cause, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

60 L'OHMI fait valoir que le Tribunal a, aux points 18, 19, 21 et 22 de l'arrêt attaqué, résumé tous les éléments de preuve invoqués par la requérante, puis a, au point 39 de l'arrêt attaqué, examiné la portée de ces éléments relativement au fond. Selon l'OHMI, le Tribunal a à juste titre, et sans violer les règles générales de la logique, conclu que les faits invoqués par la requérante auraient pu jouer un rôle dans le cadre d'un examen sur le fondement de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, mais pas sur le fondement du paragraphe 1, sous b), du même article.

Appréciation de la Cour

61 S'agissant, en premier lieu, des éléments de preuve résumés aux points 21 et 22 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a pu, pour les motifs exposés aux points 55 et 56 du présent arrêt, considérer, sans les dénaturer, que ces éléments étaient seulement susceptibles d'établir que les marques en cause avaient pu acquérir un caractère distinctif à la suite de l'usage qui en avait été fait.

62 En ce qui concerne, en second lieu, les éléments de preuve résumés aux points 18 et 19 de l'arrêt attaqué, ils visent à démontrer que, compte tenu des qualités fonctionnelles et esthétiques des formes de lampes de poche en cause et de leur design exceptionnel, celles-ci ont un caractère distinctif.

63 Contrairement à ce que prétend la requérante, le Tribunal n'a nullement refusé de prendre ces éléments de preuve en considération.

64 En effet, il ressort du point 37 de l'arrêt attaqué que le Tribunal a examiné les arguments de la requérante tirés des qualités esthétiques et du design des lampes de poche en cause, mais que, à l'issue de son analyse, il a considéré que ces caractéristiques ne suffisaient pas à conférer aux marques en cause un caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94.

65 Aussi, au point 39 de l'arrêt attaqué, le Tribunal s'est borné à souligner que les éléments de preuve tendant à démontrer l'excellence du design desdites lampes ainsi que leurs qualités esthétiques et fonctionnelles n'établissaient pas que les marques en cause avaient ab initio un caractère distinctif, mais qu'ils étaient seulement susceptibles de démontrer qu'elles pouvaient acquérir un caractère distinctif après l'usage qui en serait fait.

66 Contrairement à ce que soutient la requérante, le Tribunal n'a nullement dénaturé ces éléments de preuve.

67 S'agissant de l'expertise produite par la requérante, le Tribunal n'était pas tenu de se rallier à l'opinion de son auteur et pouvait se livrer à sa propre appréciation du caractère distinctif des marques en cause.

68 De même, s'agissant de la reconnaissance dont, selon la requérante, le design des lampes de poche en cause jouirait sur le plan international, il convient de relever que la circonstance que des produits bénéficient d'un design de qualité n'implique pas nécessairement qu'une marque constituée de la forme tridimensionnelle de ces produits permet ab initio de distinguer lesdits produits de ceux d'autres entreprises, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

69 Dans ces conditions, il convient de rejeter le deuxième moyen comme non fondé.

Sur le troisième moyen

Arguments des parties

70 Par son troisième moyen, la requérante allègue que le Tribunal a violé son droit d'être entendue au sens des dispositions combinées des articles 6, paragraphe 2, UE, 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 41, paragraphe 2, premier tiret, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (JO C 364, p. 1).

71 En effet, d'une part, le Tribunal aurait à tort écarté les éléments de preuve déjà mentionnés dans le cadre du deuxième moyen. La requérante reproche au Tribunal d'avoir refusé son offre d'entendre l'auteur de l'expertise qu'elle a produite comme «témoin expert».

72 D'autre part, le Tribunal n'aurait pas tenu compte des éléments de preuve produits par la requérante, qui, selon elle, démontrent à la fois que les autres fabricants utilisent une très grande variété de formes de lampes de poche et que les marques en cause se distinguent nettement de toutes ces formes. Le Tribunal aurait affirmé, sans motivation, que les lampes de poche en cause ont des formes communément utilisées par d'autres fabricants.

73 L'OHMI fait valoir que, par son troisième moyen, la requérante cherche en réalité à remettre en cause devant la Cour l'appréciation des faits opérée par le Tribunal.

74 Quant au fait que le Tribunal n'a pas voulu entendre l'auteur de l'expertise produite par la requérante, cette décision ne constituerait pas une violation des règles de procédure, car il appartiendrait au seul Tribunal de décider si une audition de témoin ou une expertise sont nécessaires.

Appréciation de la Cour

75 Tout d'abord, en tant qu'il reproche au Tribunal de n'avoir pas pris en considération les éléments de preuve résumés aux points 18, 19, 21 et 22 de l'arrêt attaqué, le troisième moyen se confond avec le deuxième moyen et, partant, doit être rejeté pour les mêmes motifs.

76 Ensuite, quant au reproche fait au Tribunal de ne pas avoir voulu procéder à l'audition de l'auteur de l'expertise produite par la requérante, ainsi que cette dernière le proposait, il convient de rappeler que le Tribunal est seul juge de la nécessité éventuelle de compléter les éléments d'information dont il dispose sur les affaires dont il est saisi. Le caractère probant ou non des pièces de la procédure relève de son appréciation souveraine des faits, qui, ainsi qu'il a déjà été rappelé au point 39 du présent arrêt, échappe au contrôle de la Cour dans le cadre du pourvoi, sauf en cas de dénaturation des éléments de preuve présentés au Tribunal ou lorsque l'inexactitude matérielle des constatations du Tribunal ressort des documents versés au dossier (arrêts du 10 juillet 2001, Ismeri Europa/Cour des comptes, C-315/99 P, Rec. p. I-5281, point 19, et du 7 novembre 2002, Glencore et Compagnie Continentale/Commission, C-24/01 P et C-25/01 P, Rec. p. I-10119, points 77 et 78).

77 En l'espèce, le Tribunal a pu, après avoir examiné l'ensemble des faits et des éléments de preuve qui lui étaient soumis, légitimement considérer que l'audition, en qualité de témoin, de l'auteur d'une expertise déjà produite à la procédure n'était pas nécessaire dans le cadre de son appréciation du caractère distinctif des marques en cause, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Le Tribunal n'a donc pas violé le droit de la requérante d'être entendue en n'ordonnant pas ladite audition.

78 Enfin, en tant qu'il reproche au Tribunal de ne pas avoir tenu compte des autres éléments de preuve produits par la requérante, qui, selon elle, démontrent à la fois que les autres fabricants utilisent une très grande variété de formes de lampes de poche et que les marques en cause se distinguent nettement de toutes ces formes, le troisième moyen revient à remettre en cause une appréciation de fait. Dès lors, pour le motif rappelé au point 39 du présent arrêt, et en l'absence de toute démonstration d'une dénaturation des faits ou des éléments de preuve, ce moyen est manifestement irrecevable dans le cadre d'un pourvoi.

79 Il convient donc de rejeter le troisième moyen comme étant en partie non fondé et en partie irrecevable.

Sur le cinquième moyen

Arguments des parties

80 Par son cinquième moyen, la requérante fait valoir que le Tribunal a violé l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 en se fondant uniquement sur des suppositions générales, qui ne sont étayées par aucune constatation de fait, pour conclure que les marques dont l'enregistrement est demandé sont dépourvues de caractère distinctif.

81 Selon elle, en effet, le Tribunal a conclu, aux points 33, 36 et 37 de l'arrêt attaqué, que les formes en cause sont habituelles, que le consommateur moyen y est habitué, que ces formes se rencontrent communément dans le commerce et que la nature des marques influence leur perception par le public visé, sans fonder ces affirmations sur des constatations de fait.

82 L'OHMI allègue que, s'agissant de savoir quelles lampes de poche il convient de considérer comme habituelles ou venant naturellement à l'esprit, les constatations suffisantes avaient déjà été établies par la deuxième chambre de recours, compte tenu notamment de la série de représentations d'autres formes de lampes produite par la requérante. Il ajoute que, les membres du Tribunal étant eux-mêmes des consommateurs pour lesquels les lampes de poche sont des objets familiers, ils étaient en mesure d'apprécier, sur la base de leurs propres connaissances, quelles formes de lampes de poche sont «normales» et usuelles.

Appréciation de la Cour

83 En premier lieu, ainsi qu'il a été rappelé au point 30 du présent arrêt, les consommateurs moyens n'ont pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se basant 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.

84 C'est donc à juste titre que le Tribunal a souligné, au point 33 de l'arrêt attaqué, qu'il ne saurait être exclu que la nature de la marque dont l'enregistrement est demandé puisse influencer la perception que le public pertinent aura de cette marque.

85 En tant qu'il fait grief au Tribunal d'avoir fait un tel constat, le cinquième moyen est non fondé.

86 En second lieu, contrairement à ce que soutient la requérante, le Tribunal n'a pas, aux points 36 et 37 de l'arrêt attaqué, formulé des affirmations non étayées par des constatations de fait, mais s'est livré à des appréciations de nature factuelle, fondées notamment sur l'examen des lampes de poche en cause, qui ont été produites devant lui.

87 Le Tribunal est ainsi parvenu à la conclusion que les formes desdites lampes de poche sont dépourvues de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.

88 Or, ainsi qu'il a été rappelé au point 39 du présent arrêt, l'appréciation des faits ne constitue pas, sous réserve du cas de la dénaturation des faits ou des éléments de preuve soumis au Tribunal, laquelle n'est pas alléguée dans le cadre du présent moyen, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi.

89 Dans ces conditions, il convient de rejeter le cinquième moyen comme étant en partie non fondé et en partie irrecevable et, partant, le pourvoi dans son ensemble.

Sur les dépens

90 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. 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 (deuxième chambre) déclare et arrête:

1) Le pourvoi est rejeté.

2) Mag Instrument Inc. est condamnée aux dépens.

Signatures.