CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 23 mars 2006 [1]

I — Introduction

1. Un pourvoi a été formé contre l'arrêt rendu par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (quatrième chambre) le 10 novembre 2004 [2], par lequel il rejette le recours en annulation introduit contre la décision de la deuxième chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) («OHMI») [3], qui avait refusé l'enregistrement d'une marque représentant un emballage à tortillons (forme de papillote), pour des bonbons.

2. Le litige pose la question de son caractère distinctif, condition fondamentale pour obtenir l'enregistrement qui est à l'origine d'une jurisprudence relative à l'interprétation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement sur la marque communautaire [4]; jurisprudence suffisamment abondante pour permettre de statuer sur les prétentions de la partie requérante qui a étendu le débat à l'acquisition de ce caractère distinctif par l'usage.

3. Le litige couvre aussi la procédure suivie devant les chambres de recours de l'OHMI au regard de leur obligation de motivation et d'examen d'office des faits, aspects qui seront également abordés dans les présentes conclusions.

II — Le cadre juridique

4. Les dispositions nécessaires pour statuer sur ce recours figurent dans le règlement nº 40/94.

5. Conformément à l'article 4, peuvent faire l'objet d'un enregistrement communautaire les «signes susceptibles d'une représentation graphique, notamment les mots, y compris

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Arrêt Storck/OHMI (forme d'une papillote) (T-402/02, Rec. p. II-3849, ci-après l'«arrêt attaqué»).

3 — Décision du 18 octobre 2002 (affaire R 0256/2001-4).

4 — Règlement (CE) nº 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993 (JO 1994, L 11, p. 1), tel que modifié par le règlement (CE) nº 3288/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, en vue de mettre en œuvre les accords conclus dans le cadre du cycle d'Uruguay (JO L 349, p. 83), et, finalement, par le règlement (CE) nº 422/2004 du Conseil, du 19 février 2004 (JO L 70, p. 1).

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».

6. Aux termes de l'article 7, paragraphe 1, intitulé «Motifs absolus de refus», 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;

[...]»

7. L'article 7, paragraphe 2, est ainsi rédigé:

«Le paragraphe 1 est applicable même si les motifs de refus n'existent que dans une partie de la Communauté.»

8. L'article 7, paragraphe 3, prévoit que 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».

9. Sous l'intitulé «Motivation des décisions», l'article 73 prescrit que «[l]es décisions de l'Office sont motivées. Elles ne peuvent être fondées que sur des motifs sur lesquels les parties ont pu prendre position».

10. S'agissant de l'examen d'office des faits, l'article 74 indique:

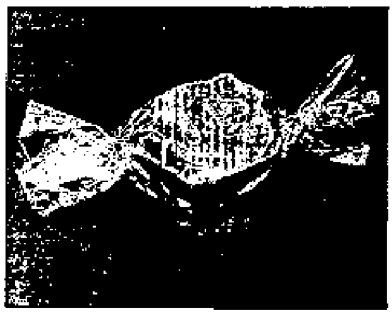
«1. Au cours de la procédure, l'Office procède à l'examen d'office des faits; toutefois, dans une procédure concernant des motifs relatifs de refus d'enregistrement, l'examen est limité aux moyens invoqués et aux demandes présentées par les parties.

[...]»

III — Les antécédents du recours

A — *Les faits du litige à l'origine de la procédure*

11. Le 30 mars 1998, en vertu du règlement nº 40/94, August Stork KG a introduit une demande de marque communautaire auprès de l'OHMI consistant en la représentation, en perspective, d'une forme d'emballage à tortillons (forme de papillote), reproduite ci-après:



12. Les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent de la classe 30 au sens de l'arrangement de Nice [5] et correspondent à la description «bonbons».

13. Par décision du 19 janvier 2001, l'examinateur a rejeté la demande au motif que la marque demandée était dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 et également au motif qu'elle n'avait pas acquis ce caractère par l'usage pour les caramels «toffees», au sens de l'article 7, paragraphe 3, du même règlement.

14. Par un recours auprès de l'OHMI introduit, au titre de l'article 59 du règlement nº 40/94, le 13 mars 2001, la requérante a demandé l'annulation de la décision de l'examinateur.

15. La deuxième chambre de recours, dans une décision du 18 octobre 2002, a rejeté ce recours pour les mêmes motifs qui sont exposés dans l'arrêt attaqué.

16. Elle a estimé que la couleur de l'emballage ne permettait pas de discerner, sur la reproduction graphique de la marque déposée, les trois tons présentés par la requérante; couleur qui, de surcroît, est habituelle pour les paquets de bonbons et fréquente dans le commerce.

17. Elle a considéré également que les preuves apportées ne démontraient pas le caractère distinctif pour les bonbons en général et, notamment, pour les caramels, après leur usage répété.

5 — Concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que modifié.

18. Une fois la procédure administrative close, August Storck KG a formé un recours en annulation par une requête déposée au greffe du Tribunal le 26 mai 2003.

B — *L'arrêt attaqué*

19. À l'appui de ses prétentions, August Storck KG a invoqué quatre moyens fondés, respectivement, sur la violation des articles 7, paragraphe 1, sous b), 7, paragraphe 3, 74, paragraphe 1, première phrase, et 73 du règlement nº 40/94.

20. Avant de procéder à l'analyse des moyens invoqués, le Tribunal a délimité l'objet du litige dans la mesure où la requérante et l'OHMI maintenaient des avis divergents sur le signe et il a jugé qu'il s'agissait d'une marque figurative constituée par la représentation d'une forme d'emballage à tortillons (papillote) [6], de couleur dorée [7], demandée pour des «bonbons» [8].

21. Dans le premier motif, le Tribunal a quo a analysé le caractère distinctif par rapport, d'une part, aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement avait été demandé et, d'autre part, à la perception qu'en a le public pertinent [9]. Par la suite, pour apprécier si le consommateur comprend la combinaison de la forme et de la couleur de l'emballage comme une indication de l'origine, le Tribunal a recherché l'impression d'ensemble produite par cette combinaison [10], et en a déduit que ses caractéristiques ne s'écartaient pas suffisamment des formes de base employées fréquemment dans l'emballage des confiseries et que, par conséquent, elles n'étaient pas mémorisées comme se référant à l'origine commerciale.

22. Le Tribunal a également corroboré l'existence d'un risque de monopolisation du signe pour les bonbons, comme l'avait signalé la chambre de recours, laquelle avait elle-même confirmé le défaut de caractère distinctif de ces bonbons, conformément à l'intérêt général sous-tendant le motif absolu de refus fondé sur l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 40/94 [11].

23. Le Tribunal a déduit de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ne percevrait pas le signe de sorte à individualiser les produits ou à les distinguer de ceux des concurrents et, par conséquent, il rejette la demande en ce qu'elle est infondée.

6 — Points 21 et 22.
7 — Points 23 à 28.
8 — Points 29 à 38.
9 — Points 48 à 53.
10 — Points 54 à 58.
11 — Point 60.

24. Il a également rejeté le deuxième moyen, qui dénonçait la violation de l'article 7, paragraphe 3, du règlement nº 40/94, au motif que l'acquisition de ce caractère distinctif par l'usage n'avait pas été établi.

25. D'abord, le Tribunal a récapitulé les conditions posées par la jurisprudence en vue de l'obtention de cette qualité, lesquelles sont relatives à l'attribution d'une origine commerciale déterminée [12], à la mention de la partie de l'Union européenne où elle est dépourvue de caractère distinctif [13] et, enfin, à la prise en compte de certains facteurs objectifs pour apprécier l'existence de cette qualité [14].

26. Par la suite, le Tribunal a contesté les arguments d'August Storck KG fondés sur les chiffres de vente et sur les frais de publicité élevés pour promouvoir le caramel «Werther's Original» («Werther's Echte»), dans la mesure où les publicités jointes ne contenaient aucune indication de l'usage de la marque, telle qu'elle avait fait l'objet d'une demande d'inscription, puisqu'elle apparaissait accompagnée de signes verbaux et figuratifs et où la requérante ne fournissait pas la proportion des frais correspondant à chaque signe [15]. De surcroît, ces coûts n'établissaient pas que, dans toute la Communauté, les clients percevaient l'emballage comme une indication de son origine [16].

27. Enfin, le Tribunal n'a pas non plus fait droit à l'argument selon lequel les sondages versés au dossier par la requérante indiquaient que la connaissance du bonbon commercialisé par August Storck KG, en tant que titre de propriété industrielle, se déduisait de sa forme, dès lors qu'elle relevait plutôt de son appellation «Werther's» [17].

28. Dans le troisième moyen, la requérante invoquait la violation de l'article 74, paragraphe 1, première phrase, du règlement nº 40/94, au motif que la chambre de recours aurait dû pratiquer un examen complémentaire afin d'établir l'usage de la marque.

29. Le Tribunal a réfuté ces arguments et déclaré que l'OHMI était seulement tenu de vérifier les faits qui conféraient à la marque un caractère distinctif acquis par l'usage, au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement nº 40/94, lorsque le demandeur les avait invoqués. Dès lors qu'il était constant qu'August Storck KG avait fourni à l'OHMI

12 — Arrêts de la Cour du 4 mai 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 et C-109/97, Rec. p. I-2779, point 52), et du 18 juin 2002, Philips (C-299/99, Rec. p. I-5475, points 61 et 62).

13 — En application des arrêts du Tribunal du 30 mars 2000, Ford Motor/OHMI (OPTIONS) (T-91/99, Rec. p. II-1925, point 27), et du 29 avril 2004, Eurocermex/OHMI (forme d'une bouteille de bière) (T-399/02, Rec. p. II-1391, points 43 à 47).

14 — Arrêts précités Windsurfing Chiemsee, points 51 et 52, et Philips, points 60 et 61.

15 — Points 82 à 84.

16 — Points 85 à 87.

17 — Point 88.

quelques éléments à cette fin, sur lesquels la chambre de recours avait fondé son appréciation, aucune obligation supplémentaire ne pesait sur les organes de l'OHMI. En particulier, il ne leur incombait pas de compléter les dossiers pour pallier le manque de force probatoire des indices qui soutenaient la prétention [18].

30. Le quatrième moyen, qui imputait à l'OHMI une violation de l'article 73 du règlement nº 40/94, au motif que le Tribunal n'aurait pas apprécié tous les documents remis par la requérante et que son droit à être entendu aurait été violé, n'a pas non plus trouvé d'écho favorable auprès du Tribunal.

31. Celui-ci l'a rejeté, d'une part, parce qu'il part d'une prémisse erronée, puisque la chambre de recours avait analysé ces aspects, même si elle ne les a pas considérés comme suffisants pour établir le caractère distinctif de l'usage de la marque. De surcroît, il a indiqué que la requérante elle-même avait joint ces documents au dossier, et qu'elle avait donc eu l'occasion de se prononcer sur leur pertinence [19].

IV — La procédure devant la Cour

32. Le pourvoi d'August Storck KG a été déposé au greffe de la Cour le 26 janvier 2005.

18 — Point 96.

19 — Points 100 et 101.

L'OHMI y a répondu le 15 avril 2005 et il n'est pas apparu nécessaire de présenter des mémoires en réplique et en duplique.

33. L'audience, à laquelle ont assisté les représentants des deux parties, s'est tenue le 16 février 2006, conjointement avec celle de l'affaire C-24/05 P, dans laquelle les mêmes parties s'opposent.

V — Analyse des moyens de cassation

34. La société requérante invoque les quatre moyens qui ont été présentés devant le Tribunal et qui sont relatifs à la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94; de l'article 74, paragraphe 1, première phrase; de l'article 73 et de l'article 7, paragraphe 3, du même règlement.

35. L'OHMI ayant conclu à l'irrecevabilité de la troisième branche du premier moyen, ainsi qu'à celle du deuxième moyen dans son intégralité, il convient d'analyser préalablement ces allégations.

A — *Examen de la recevabilité de certains moyens*

1. Sur l'irrecevabilité de la troisième branche du premier moyen de cassation

36. Par ce moyen, August Storck KG impute au Tribunal une erreur dans l'appréciation du caractère distinctif de l'emballage, constitutive d'une violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94.

37. Elle invoque l'insuffisance de l'appréciation de la combinaison chromatique de l'emballage et le caractère incomplet de l'étude du comportement de l'acheteur, alors que l'OHMI estime que de tels éléments relèvent du domaine des faits et que, par conséquent, ils ne relèvent pas du domaine du pourvoi.

38. La lecture du pourvoi introduit dans ce litige révèle clairement que la requérante critique les résultats de l'évaluation de certains aspects factuels. Cependant, la Cour, en vertu de l'article 58 de son statut, ne peut pas examiner ces circonstances ou ces preuves, sauf en cas de dénaturation ou d'inexactitude matérielle [20]. Par conséquent, je ne peux que suggérer à la Cour de constater l'irrecevabilité de la troisième branche du premier moyen.

2. Sur l'irrecevabilité du deuxième moyen

39. L'OHMI reproche à August Storck KG de répéter les arguments qui ont servi de base à un moyen analogue à celui invoqué en première instance et elle en appelle à une jurisprudence constante [21] pour conclure à l'irrecevabilité de cette demande.

40. Il est certain que, pour caractériser la violation de l'article 74, paragraphe 1, première phrase, du règlement nº 40/94 dans l'arrêt attaqué, la requérante invoque les mêmes allégations qu'en première instance, mais, indépendamment du fait qu'elle n'avait pas d'autre choix, la dernière phrase du point 32 soutient le reproche adressé au Tribunal qui est, précisément, d'avoir confirmé le critère de l'OHMI.

41. Dans ce contexte, en dépit du fait que les thèses qu'August Storck KG a avancées devant cette juridiction ressemblent à celles

20 — Arrêt du 19 septembre 2002, DKV/OHMI (C-104/00 P, Rec. p. I-7561, point 22). Sur la portée du contrôle en cassation, voir également les conclusions que j'ai lues dans cette affaire, points 58 à 60.

21 — Elle cite les ordonnances du 17 octobre 1995, Turner/Commission (C-62/94 P, Rec. p. I-3177, point 17), et du 24 avril 1996, CNPAAP/Conseil (C-87/95 P, Rec. p. I-2003, points 29 et suiv.).

qu'elle défend aujourd'hui en cassation, il est légitime qu'elle soutienne la violation de l'article 74 précité par le Tribunal en recourant à des explications identiques. Par conséquent, la critique que l'OHMI adresse à la requérante, consistant à ne pas avoir réfuté le seul commentaire nouveau apparaissant dans l'arrêt au sein de ce moyen, devient inopérante dès lors que chaque partie assume la responsabilité de choisir la cible de sa contestation.

42. Par conséquent, je propose de rejeter la demande d'irrecevabilité soulevée par l'OHMI concernant ce moyen.

B — *Analyse du fond des moyens de cassation*

1. Sur les premières branches du premier moyen: la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94

a) Analyse de la première branche

43. La requérante reproche au Tribunal d'avoir renforcé les exigences relatives au caractère distinctif du signe en le soumettant à des différences substantielles par rapport aux autres emballages, alors qu'il résulte de l'article 7, paragraphe 1, sous b), qu'un caractère distinctif faible est suffisant pour enregistrer une marque communautaire.

44. L'OHMI soutient que cette critique fait fi de la jurisprudence constante en matière de marques de ce type, même s'il s'agit maintenant de la représentation bidimensionnelle (photographie) d'un signe tridimensionnel.

45. Il est certain que la teneur littérale de la norme litigieuse semble militer pour l'enregistrement de tout signe présentant un pouvoir d'individualisation minimal.

46. La Cour a déclaré que, bien que les critères d'appréciation du caractère distinctif des signes tridimensionnels constitués par la forme du produit ne soient pas différents de ceux applicables aux autres catégories de signes [22], il y a un certain consensus pour considérer que, en pratique, il serait plus difficile d'établir ce caractère distinctif pour ce type de signe que pour une marque verbale ou figurative [23].

22 — Arrêts Philips, précité, point 48, et du 8 avril 2003, Linde e.a. (C-53/01 à C-55/01, Rec. p. I-3161, points 42).

23 — Arrêt Linde e.a., précité, point 48.

47. De surcroît, la Cour a admis à plusieurs reprises que la perception du consommateur moyen, paramètre déterminant pour apprécier le caractère distinctif des signes dont l'enregistrement est demandé, n'est pas nécessairement la même dans le cas d'une marque tridimensionnelle que pour celles d'une autre nature pour lesquelles les signes ne correspondent pas à l'aspect des produits désignés, dès lors que les clients n'ont pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se basant sur leur forme, en l'absence de tout élément graphique ou textuel [24].

48. C'est pourquoi la Cour a jugé qu'une simple divergence de la norme ou des habitudes du secteur n'est pas suffisante pour écarter le motif de refus prévu à l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/104/CEE [25] et que, en revanche, une marque qui présente une divergence importante et qui remplit sa fonction essentielle d'origine n'est pas dépourvue de caractère distinctif [26].

49. Or, aux points 56 à 58 de l'arrêt attaqué, le Tribunal, à l'instar de l'OHMI, a analysé la forme la plus probable que l'objet litigieux adopterait en suivant de façon claire et exacte les principes exposés aux points précédents des présentes conclusions et il les transpose au cas concret sans les dénaturer ni renforcer les conditions applicables aux marques tridimensionnelles. Par conséquent, le moyen invoqué par August Storck KG est dépourvu de fondement.

50. Ainsi, je propose à la Cour de rejeter la première branche du moyen au motif qu'elle est infondée.

b) Sur la deuxième branche

51. La partie requérante critique la mention, faite par le Tribunal au point 60 de l'arrêt attaqué, du risque de monopolisation de l'emballage en papillote. Selon elle, dans le cadre de l'examen du caractère distinctif mené conformément à l'article 7, paragraphe 1, sous b), le Tribunal introduit des éléments étrangers relatifs à l'intérêt général du règlement, lesquels sont contraires à la jurisprudence applicable.

52. L'OHMI indique que l'allusion à ce risque n'a pas été introduite avec la volonté de justifier le refus d'enregistrement de la marque, mais pour approuver l'avis de la chambre de recours quant à la pertinence de

24 — Arrêts du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, Rec. p. I-3793, point 65), pour ce qui a trait à une couleur, et du 12 février 2004, Henkel (C-218/01, Rec. p. I-1725, point 52), s'agissant des emballages.

25 — Première directive du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1).

26 — Arrêt Henkel, précité, point 49, concernant l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/104, disposition qui correspond à l'article 7, paragraphe 3, du règlement nº 40/94.

souligner ce risque, dès lors qu'il confirmait l'analyse négative relative au caractère distinctif de l'emballage.

53. Sur ce point, je partage pleinement l'avis de l'OHMI, puisque la structure de l'arrêt litigieux indique que le raisonnement relatif à la concurrence entre entreprises, lié à l'impératif de disponibilité, a été inclus «à titre surabondant», même si cette expression ne figure pas dans le corps du texte, de sorte que l'affirmation de la requérante apparaît inappropriée dans la mesure où le défaut de caractère distinctif a été démontré dans les points antérieurs de ce même arrêt.

54. Par conséquent, sans qu'il soit nécessaire de savoir dans quelle mesure l'intérêt général sous-tend le motif de refus visé à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94 [27], je dois proposer son rejet.

55. Eu égard à ce qui a été exposé s'agissant du premier moyen, je suggère de rejeter les première et deuxième branches qui le composent au motif qu'elles sont, respectivement, infondée et inopérante.

27 — La requérante a invoqué, sur la base des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Henkel/OHMI (arrêt du 29 avril 2004, C-456/01 P et C-457/01 P, Rec. p. I-5089), points 78 à 80, et sur celles de l'avocat général Jacobs, lues dans l'affaire SAT.1/OHMI (arrêt du 16 septembre 2004, C-329/02 P, Rec. p. I-8317), point 24, que l'intérêt général et l'impératif de disponibilité ne sous-tendent pas l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94. Bien que je maintienne la position prise dans ce document, la Cour a émis un avis différent (point 25 de l'arrêt SAT.1/OHMI, précité, ainsi que points 45 et 46 de l'arrêt Henkel/OHMI, précité).

2. Sur les deuxième et troisième moyens

56. Aux points 55 à 58 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a confirmé les appréciations de la chambre de recours concernant le caractère «habituel» de l'emballage en forme de papillote, au motif qu'il ne s'écarte pas suffisamment d'autres modèles courants sur le marché des bonbons.

57. August Storck KG estime que le principe de l'examen d'office des faits prévu à l'article 74, paragraphe 1, première phrase, du règlement nº 40/94 (deuxième moyen) a été violé, de même que le principe défini à l'article 73, deuxième phrase, dudit règlement, selon lequel les décisions de l'OHMI doivent être fondées sur les éléments abordés par les parties, et elle invoque le fait que cette omission a porté atteinte aux droits de la défense (troisième moyen).

58. L'OHMI, qui avait soulevé l'irrecevabilité du deuxième moyen demande, à titre subsidiaire, de le rejeter en ce qu'il est infondé, au même titre que le troisième moyen et elle partage les appréciations que le Tribunal a portées dans son arrêt.

59. Je pense que l'exégèse de la requérante provient d'une compréhension erronée des principes précités, et ce pour les raisons suivantes.

60. En premier lieu, la procédure devant l'OHMI est régie, en ce qui concerne les motifs absolus de refus, par le principe inquisitoire, selon lequel il incombe à l'organe administratif non seulement de procéder à un examen d'office, mais, de surcroît, de vérifier les faits qui fondent sa décision, indépendamment des allégations faites par les parties [28].

61. Cependant, cette ligne directrice ne s'impose pas de façon illimitée à l'OHMI, dès lors qu'elle connaît certaines frontières, telles que le pouvoir d'appréciation dont elle bénéficie pour déterminer dans quelle mesure un simple contrôle objectif des faits est suffisant [29] ou l'obligation de coopération des parties.

62. En deuxième lieu, dans le cadre de l'exercice correct de ce pouvoir d'examen, l'OHMI non seulement *peut*, comme l'a déterminé le Tribunal au point 58 de l'arrêt attaqué, mais *doit* construire son analyse sur les faits provenant de l'expérience pratique généralement acquise avec la commercialisation de produits de consommation générale, que tout citoyen connaît. Ne pas suivre cette idée reviendrait à écarter des circonstances pertinentes dans le cas litigieux et violerait le principe facta pro infectis haberi non possunt.

63. En somme, en raison du bon sens et des principes généraux communs aux États membres, auxquels se réfère l'article 79 du règlement sur la marque communautaire, il convient de conférer aux chambres de recours, la faculté d'utiliser les «faits notoires» en tant qu'élément de leur examen d'office.

64. Il est établi que ces faits notoires ne requièrent aucune vérification, la charge de la preuve pesant sur celui qui entend les contester, conformément à l'adage res ipsa loquitur. Il en résulte que, même si la thèse, selon laquelle la requérante n'a pas eu la possibilité de donner son avis sur les éléments de fait notoire devant la chambre de recours, était admise, elle a eu l'occasion de présenter ses commentaires devant le Tribunal, juridiction qui, dans le cadre de l'usage souverain du pouvoir d'apprécier l'affaire, a considéré que les indices n'étaient pas suffisants. Par conséquent, l'argument relatif à une prétendue violation des droits de la défense tombe sans qu'il soit nécessaire de contrôler, par le biais du contrôle de cassation dont la portée est réduite, la véracité de ces assertions.

65. Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que, en confirmant les appréciations de la

28 — Martín Mateo, R., et Díez Sánchez, J. J., *La marca comunitaria — Derecho público*, Ed. Trivium, Madrid, 1996, p. 111.

29 — Von Mühlendahl, A., et Ohlgart, D. C., *Die Gemeinschaftsmarke*, Verlag C. H. Beck/Verlag Stämpfli + Cie AG, Berne/Munich, 1998, p. 93, n° 9. Voir également Bender, A., «Artikel 74», dans Ekey, D. L., et Klippel, D., *Heidelberger Kommentar zum Markenrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003, p. 1183, n° 3.

chambre de recours fondées sur des faits de notoriété publique, le Tribunal a quo n'a pas violé l'article 74, paragraphe 1, première phrase, du règlement nº 40/94 et August Storck KG a eu la possibilité de les commenter, au plus tard devant le Tribunal a quo lui-même, qui, partant, n'a pas violé les droits de la défense de la requérante devant cette juridiction communautaire.

66. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les deuxième et troisième moyens de cassation au motif qu'ils sont infondés.

3. Sur le quatrième moyen

67. Le moyen, fondé sur une erreur de droit imputée au Tribunal en ce qu'il a refusé d'attribuer au signe un caractère distinctif conformément à l'article 7, paragraphe 3, du règlement nº 40/94, se base sur deux principales allégations qui portent, la première, sur la valeur accordée à certains documents prouvant l'acquisition du caractère distinctif par l'usage et, la seconde, sur la portée territoriale de l'utilisation de la marque à cette même fin.

a) L'évaluation de certaines données commerciales

68. Afin d'établir l'existence du caractère distinctif de l'emballage, la requérante a joint au dossier une série de données relatives au chiffre de vente et aux frais publicitaires engagés pour soutenir l'expansion et le degré de notoriété de l'emballage en forme de papillote.

69. La critique d'August Storck KG porte sur l'exigence imposée par la chambre de recours, confirmée par le Tribunal, de calculer la part de marché des produits visés par la marque en question à partir des chiffres d'affaires, ce qui, selon ces deux organes, ne devait pas être fait à partir des chiffres fournis par la requérante, laquelle, à son tour, allègue que la preuve d'une large diffusion par le biais d'indices de vente élevés durant une longue période n'était pas nécessaire.

70. Cependant, l'irrecevabilité de cette branche du moyen devrait être constatée dès lors qu'il s'agit de la contestation de l'appréciation des preuves opérée par le Tribunal. Néanmoins, envisagée comme une plainte relative à une erreur de droit engendrée par la demande de documents dépourvue de la force probatoire pertinente, telle que la part de marché, il convient de nuancer cette irrecevabilité.

71. Selon une jurisprudence constante, pour l'appréciation du caractère distinctif d'une marque, peuvent être prises en considération sa part de marché, son intensité, son étendue géographique et la durée de son usage, l'importance des investissements de la société pour la promouvoir, la proportion des milieux intéressés qui identifie le produit comme provenant d'une entreprise déterminée grâce au signe ainsi que les déclarations de chambres de commerce et d'industrie ou d'autres associations professionnelles [30].

72. Or, l'appréciation de la pertinence et de la valeur probatoire de ces données incombe exclusivement au juge a quo, sans qu'aucun contrôle de cassation ne soit possible. Au regard des faits de ce litige, le Tribunal a étudié tout ce qui a été versé au dossier par August Stork KG en vue d'établir le caractère distinctif résultant de l'usage du signe; il est arrivé à la conclusion qu'il était insuffisant et il a donc suggéré, notamment, que la part de marché constituait un instrument efficace pour une telle mission.

73. La Cour ayant établi qu'un tel paramètre était l'un de ceux appropriés pour caractériser les effets qui intéressent la requérante, aucune erreur de droit n'est perceptible dans l'arrêt attaqué puisqu'il est conforme à la jurisprudence précitée.

74. Dès lors, la première branche du quatrième moyen doit être considérée comme infondée.

b) La portée territoriale de l'usage de la marque

75. Pour la requérante, en confirmant l'appréciation de la chambre de recours selon laquelle des preuves du caractère distinctif dans tous les États membres de l'Union européenne doivent être fournies, le Tribunal a violé l'article 7, paragraphe 3, précité. Selon elle, cette affirmation enfreint l'esprit de l'article 142 bis de ce règlement [31] dont l'exégèse téléologique révèlerait la nécessité de remplir une telle condition dans une «partie substantielle» de la superficie de la Communauté.

76. Selon l'OHMI, il ne s'agit pas de l'usage du signe dans une «partie substantielle», mais dans la partie de l'Union européenne dans laquelle la marque ne peut pas remplir les fonctions typiques de cette catégorie de propriété industrielle, en raison de ses caractéristiques.

30 — Arrêts précités Windsurfing Chiemsee, points 51 et 52, et Philips, points 60 et 61.

31 — Dans la version consolidée préparée par l'OHMI, cette disposition porte le numéro 159 bis (http://oami.eu.int/fr/mark/aspects/reg.htm).

77. La résolution de ce litige implique une interprétation du système de l'article 7 du règlement nº 40/94.

78. Ainsi, l'article 7, paragraphe 1, sous b), lu en combinaison avec l'article 7, paragraphe 2, laisse entrevoir que, en l'absence de caractère distinctif dans une partie de la Communauté, le principe est pleinement applicable et l'enregistrement doit être refusé.

79. De surcroît, bien que le paragraphe 2 ne se réfère pas au paragraphe 3, il n'y a pas lieu de considérer que l'exigence relative à la portée du caractère distinctif soit d'une intensité moindre, dès lors qu'il serait illogique de la restreindre pour les signes dont il est prétendu qu'ils ont acquis ce caractère par l'usage par rapport à ceux qui sont enregistrés pour la première fois, sans expérience antérieure sur le marché. Il est difficile d'imaginer une quelconque raison pour laquelle le législateur aurait voulu consacrer une telle différence de traitement. En réalité, cette argumentation serait contraire au système puisque, en réduisant le niveau d'exigence s'agissant du caractère distinctif résultant d'un usage du signe dans la durée, demander d'abord, dans le doute, son enregistrement par l'OHMI comme marque communautaire n'aurait aucun sens.

80. L'allégation de la requérante fondée sur l'article 159 bis du règlement nº 40/94 est dépourvue de tout fondement, dès lors que cette norme reflète une solution politique, impliquant évidemment des conséquences juridiques, au problème, apparu avec l'élargissement de la Communauté, relatif à la validité des marques communautaires enregistrées ou demandées avant le 1er mai 2004, visant à assurer la sécurité juridique nécessaire aussi bien pour les titulaires des marques que pour ceux de signes protégés par les législations des nouveaux États membres. C'est ce qui résulte de l'article 159 bis, paragraphe 2, qui dispose que «[l]'enregistrement d'une marque communautaire qui fait l'objet d'une demande d'enregistrement à la date d'adhésion ne peut être refusé pour les motifs absolus de refus énumérés à l'article 7, paragraphe 1, *si ces motifs sont nés uniquement de l'adhésion d'un nouvel État membre*».

81. De surcroît, comme l'explique officiellement l'OHMI [32], le titulaire dans un nouvel État membre d'un droit antérieur à une marque communautaire peut interdire l'usage de cette dernière sur son territoire, lorsque ces deux marques sont en conflit, conformément aux articles 106 et 107 du règlement nº 40/94, qui comportaient déjà des règles pour résoudre les conflits entraînés par l'entrée en vigueur du règlement nº 40/94 lui-même en ce qui concerne les signes enregistrés conformément aux législations nationales.

32 — Communication nº 5 du président de l'Office, du 16 octobre 2003 (consultable à l'adresse http://oami.eu.int/fr/office/aspects/communications/05-03.htm).

82. Ainsi, les règles herméneutiques de l'article 159 bis précité, invoquées par la requérante pour expliquer le domaine d'application de l'article 7, paragraphe 3, du règlement nº 40/94, sont hors de propos et dépourvues de pertinence.

83. Par conséquent, cette allégation ne pouvant pas non plus être accueillie, il convient de rejeter, de la même manière, le quatrième moyen, et donc le pourvoi dans sa totalité.

VI — Dépens

84. En application des dispositions de l'article 122, lues en combinaison avec l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, applicable au pourvoi en vertu de l'article 118, la partie qui succombe doit supporter les dépens. Si, comme je le recommande, les moyens de cassation invoqués par la requérante sont rejetés, la Cour devra lui imposer de payer les frais occasionnés par le pourvoi.

VII — Conclusion

85. Eu égard aux raisonnements antérieurs, je suggère à la Cour de rejeter le pourvoi formé par August Storck KG contre l'arrêt rendu par le Tribunal le 10 novembre 2004, dans l'affaire Storck/OHMI (forme d'une papillote) (T-402/02), et de mettre à la charge de la requérante les dépens résultant de la procédure.