



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MACIEJ SZPUNAR
présentées le 6 juin 2018¹

Affaire C-26/17 P

**Birkenstock Sales GmbH
contre**

Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)

« Pourvoi – Marque de l'Union européenne – Enregistrement international visant l'Union européenne de la marque constituée par un signe composé d'un ensemble d'éléments qui se répètent régulièrement – Refus de protection du système de la marque de l'Union européenne par l'examineur »

I. Introduction

1. Par son pourvoi, Birkenstock Sales GmbH demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 9 novembre 2016, *Birkenstock Sales/EUIPO* (Représentation d'un motif de lignes ondulées entrecroisées)², par lequel celui-ci a partiellement rejeté son recours tendant à l'annulation de la décision de la première chambre de recours de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) du 15 mai 2014 (affaire R 1952/2013-1) concernant sa demande d'enregistrement international désignant l'Union européenne de la marque figurative représentant un motif de lignes ondulées entrecroisées (ci-après la « décision litigieuse »).

2. Par son arrêt, le Tribunal a partiellement confirmé la décision de l'EUIPO par laquelle ce dernier avait refusé la protection de la marque internationale dans l'Union pour des produits relevant des classes 10, 18 et 25 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 (ci-après l'« arrangement de Nice »). Le motif invoqué au soutien de ce refus était celui visé à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 207/2009³, à savoir l'absence de caractère distinctif de la marque internationale en cause.

3. Au soutien de son pourvoi, la requérante invoque trois moyens. Le premier moyen, tiré d'une violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 207/2009, se divise en trois branches.

4. Conformément à la demande de la Cour, les présentes conclusions se limiteront à l'analyse de la première branche du premier moyen du pourvoi. Par celle-ci, la requérante soutient, en substance, qu'aux points 54 et suivants de son arrêt, le Tribunal a retenu, à tort, comme critère d'applicabilité de la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits, la constatation d'une

¹ Langue originale : le français.

² T-579/14, ci-après l'« arrêt attaqué », EU:T:2016:650.

³ Règlement du Conseil du 26 février 2009 sur la marque de l'Union européenne (JO 2009, L 78, p. 1).

simple « possibilité » qu'un signe composé d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement soit utilisé en tant que motif de surface. Selon la requérante, cette jurisprudence serait applicable uniquement lorsque l'utilisation d'un signe comme motif de surface est son « utilisation la plus probable » pour des produits concernés.

5. Ainsi, la question juridique soulevée par la première branche du premier moyen du pourvoi concerne les conditions à remplir pour que la jurisprudence relative aux signes qui se confondent avec l'apparence des produits soit appliquée aux marques constituées par des signes composés d'un ensemble d'éléments qui se répètent régulièrement. Plus précisément, le présent pourvoi porte, notamment, sur les critères d'applicabilité des exigences jurisprudentielles élevées relatives à l'appréciation du caractère distinctif des signes se confondant avec l'apparence des produits concernés. Toutefois, afin de garder la cohérence terminologique avec les positions des parties et, surtout, avec les arrêts de la Cour et du Tribunal qui abordent cette problématique, je me référerai plutôt, dans les présentes conclusions, aux critères d'applicabilité de la jurisprudence relative à ce type de signes.

II. Le cadre juridique

6. L'article 7 du règlement n° 207/2009, intitulé « Motifs absolus de refus », dispose, à son paragraphe 1, sous b) :

« 1. Sont refusés à l'enregistrement :

[...]

b) les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif ; »

7. Par ailleurs, l'article 154, paragraphe 1, de ce règlement prévoit que tout enregistrement international désignant l'Union européenne est subordonné à un examen relatif aux motifs absolus de refus, suivant la même procédure que pour les demandes de marque de l'Union.

III. La procédure devant l'EUIPO

8. La requérante vient aux droits d'une société qui a obtenu auprès du bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), le 27 juin 2012, un enregistrement international, fondé sur une marque allemande, désignant notamment l'Union européenne pour la marque figurative suivante :



9. Le 25 octobre 2012, l'EUIPO a reçu notification de l'enregistrement international du signe en cause. L'extension de la protection a été revendiquée pour des produits relevant des classes 10, 18 et 25 au sens de l'arrangement de Nice, notamment ceux qui correspondent, pour chacune de ces classes, à la description suivante :

– classe 10 : « Appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires ; membres, yeux et dents artificiels ; articles orthopédiques ; matériel de suture ; matériel de suture à usage chirurgical » ;

- classe 18: « Cuir et imitations de cuir, ainsi que produits en ces matières compris dans cette classe ; cuirs d'animaux ; pelleteries » ;
- classe 25: « Vêtements, articles de chapellerie, chaussures ».

10. Par décision du 29 août 2013, la division d'examen d'EUIPO a notifié à la requérante le refus total de protection de la marque internationale dans l'Union au motif de l'absence de caractère distinctif du signe en cause, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 207/2009, lu conjointement avec l'article 154, paragraphe 1, de ce règlement. Selon ces dispositions, il convient de refuser l'extension de la protection à un enregistrement international dépourvu de caractère distinctif. Le 4 octobre 2013, la requérante a formé un recours contre cette décision.

11. Par la décision litigieuse, la première chambre de recours de l'EUIPO a rejeté ce recours, en considérant que le signe en cause était dépourvu de caractère distinctif pour tous les produits pour lesquels l'extension de la protection avait été demandée.

12. Selon la chambre de recours, le signe en cause, en raison de ses caractéristiques intrinsèques, pouvait s'étendre dans les quatre directions du carré et, par conséquent, s'appliquer à toute surface bi-ou tridimensionnelle. Le signe en cause serait donc immédiatement perçu comme représentant un motif de surface. Par ailleurs, la chambre de recours a observé qu'il était notoire que les surfaces des produits pour lesquels l'extension de la protection avait été revendiquée, ainsi que leurs emballages, étaient ornés de motifs pour diverses raisons.

13. C'est dans ce contexte que la chambre de recours a tout d'abord rappelé qu'il ressort de la jurisprudence que les consommateurs moyens n'ont pas pour habitude de présumer l'origine commerciale de produits en se fondant sur des signes qui se confondent avec l'apparence des produits eux-mêmes. Par conséquent, le signe en cause ne posséderait un caractère distinctif que s'il divergeait de manière significative de la norme ou des habitudes du secteur.

14. La chambre de recours a ensuite considéré que cette jurisprudence était applicable en l'espèce au motif que le signe en cause se confondait avec l'apparence des produits en cause. En appliquant les critères relatifs à l'appréciation du caractère distinctif développés dans le cadre de cette jurisprudence, la chambre de recours a conclu que l'impression d'ensemble produite par le signe en cause ne divergeait pas de manière significative des habitudes des secteurs concernés. De ce fait, la marque internationale serait dépourvue de caractère distinctif pour tous les produits concernés.

IV. L'arrêt attaqué

15. Par requête déposée au greffe du Tribunal le 1^{er} août 2014, la requérante a formé un recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse, en invoquant un moyen unique tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 207/2009.

16. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a annulé la décision litigieuse en ce qui concerne les produits suivants : « membres, yeux et dents artificiels », « matériel de suture ; matériel de suture à usage chirurgical » (classe 10 au sens de l'arrangement de Nice) et « cuirs d'animaux, pelleteries » (classe 18). Par ailleurs, le Tribunal a rejeté le recours pour le surplus comme non fondé.

17. Pour parvenir à ces conclusions, le Tribunal a rappelé, aux points 23 à 27 de l'arrêt attaqué, la jurisprudence relative aux marques tridimensionnelles qui se confondent avec l'apparence des produits.

18. Ensuite, le Tribunal s'est interrogé sur le critère pertinent afin de déterminer si un signe figuratif, qui se compose d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement, peut effectivement être considéré comme un motif de surface pour un produit déterminé et doit, en conséquence, être soumis aux critères de l'appréciation du caractère distinctif développés au sujet des marques tridimensionnelles se confondant avec l'apparence des produits.

19. Au point 54 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a indiqué qu'un signe qui se compose d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement se prête tout particulièrement à être utilisé en tant que motif de surface. Dès lors, il existerait en principe une probabilité, inhérente à ce signe, que celui-ci soit utilisé en tant que motif de surface. Ainsi, selon les considérations du Tribunal figurant au point 55 de l'arrêt attaqué, c'est uniquement lorsque l'utilisation d'un motif de surface est peu probable au vu de la nature des produits en cause qu'un tel signe ne peut pas être considéré comme un motif de surface, au regard des produits en cause.

20. Certes, au point 56 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a mentionné l'arrêt Deichmann/OHMI (Représentation d'un chevron bordé de pointillés)⁴, dans lequel le Tribunal lui-même avait confirmé la décision de la chambre de recours de fonder son appréciation du caractère distinctif de la marque en cause sur l'utilisation « la plus probable » de cette marque. Toutefois, selon le point 57 de l'arrêt attaqué, ce raisonnement ne serait pas transposable en l'espèce, car l'arrêt Deichmann/OHMI (Représentation d'un chevron bordé de pointillés)⁵ ne concerne pas l'enregistrement d'un signe composé d'une séquence répétitive d'éléments.

21. Ces considérations étant posées, le Tribunal a estimé que l'utilisation de la marque internationale en cause comme motif de surface n'était pas « peu probable » en ce qui concerne la plupart des produits pour lesquels la protection de la marque avait été demandée par la requérante. Partant, le Tribunal a considéré que la jurisprudence développée au sujet des marques tridimensionnelles qui se confondent avec l'apparence des produits était applicable à la demande d'extension de la protection de la marque internationale aux classes 10, 18 et 25 au sens de l'arrangement de Nice, à l'exception des produits suivants : « membres, yeux et dents artificiels », « matériel de suture ; matériel de suture à usage chirurgical » (classe 10 au sens de l'arrangement de Nice) et « cuirs d'animaux, pelleteries » (classe 18).

22. Ensuite, le Tribunal a conclu que la marque internationale était dépourvue de caractère distinctif pour autant que la requérante demandait la protection de cette marque pour les produits appartenant aux classes 10, 18 et 25 au sens de l'arrangement de Nice, à l'exception des produits mentionnés ci-dessus.

23. Dans la suite des motifs de l'arrêt, le Tribunal a partiellement annulé la décision litigieuse et rejeté le recours pour le surplus.

V. Les conclusions des parties et la procédure devant la Cour

24. Dans son pourvoi, la requérante demande à la Cour d'annuler l'arrêt attaqué dans la mesure où la marque internationale est refusée à l'enregistrement, d'accueillir ses conclusions présentées en première instance devant le Tribunal et portant sur les produits pour lesquels le recours a été rejeté, ainsi que de condamner l'EUIPO aux dépens.

4 Arrêt du 13 avril 2011, Deichmann/OHMI (Représentation d'un chevron bordé de pointillés) (T-202/09, non publié, EU:T:2011:168, point 47).

5 Arrêt du 13 avril 2011, Deichmann/OHMI (Représentation d'un chevron bordé de pointillés) (T-202/09, non publié, EU:T:2011:168).

25. Par la première branche du premier moyen du pourvoi, la requérante conteste la constatation du Tribunal selon laquelle la simple « possibilité » d'utilisation d'un signe constituant une marque en tant que motif de surface suffit pour appliquer à la marque internationale en cause la jurisprudence relative aux marques se confondant avec l'apparence des produits désignés.

26. À l'appui de cette branche, la requérante invoque le point 55 de l'ordonnance Deichmann/OHMI⁶, par laquelle la Cour a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt Deichmann/OHMI (Représentation d'un chevron bordé de pointillés)⁷, mentionné au point 56 de l'arrêt attaqué. Selon cette ordonnance, le critère décisif pour l'application de la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits est, non pas celui de l'utilisation possible du signe en cause en tant que motif de surface, mais celui de son « utilisation la plus probable ». Partant, si le Tribunal s'était fondé sur le critère correct de « l'utilisation la plus probable », la marque internationale n'aurait pas dû être soumise aux principes régissant les marques tridimensionnelles.

27. L'EUIPO considère, en premier lieu, que la première branche du premier moyen est irrecevable dans la mesure où la requérante conteste la qualification de la marque internationale en tant que séquence répétitive apte à être un motif de surface. Au soutien de cette exception d'irrecevabilité, l'EUIPO fait valoir que le recours vise en réalité à soumettre à nouveau à l'appréciation de la Cour des questions de fait déjà soulevées à plusieurs reprises.

28. En deuxième lieu, l'EUIPO considère que le premier motif pris en sa première branche est – pour autant qu'il soit recevable – non fondé.

29. Selon l'EUIPO, c'est à juste titre que, en arrivant à la solution adoptée dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a pris en considération la caractéristique intrinsèque de la marque internationale, qui se prête tout particulièrement à être utilisée en tant que motif de surface. Dès lors, l'EUIPO est d'avis que le Tribunal a supposé, à bon droit, que la simple possibilité d'utiliser la marque en cause en tant que motif de surface du produit ou de son emballage était suffisante pour justifier l'application de la jurisprudence relative aux marques qui se confondent avec l'apparence des produits désignés.

30. Par ailleurs, selon l'EUIPO, la Cour a déjà confirmé que la simple possibilité qu'une marque constitue une partie de la forme des produits pour lesquels la protection est revendiquée permet d'appliquer la jurisprudence relative aux marques se confondant avec l'apparence des produits. C'est dans ce contexte que l'EUIPO invoque les points 57 et 59 de l'arrêt Louis Vuitton Malletier/OHMI⁸.

31. Dans son mémoire en réponse, l'EUIPO observe que l'argument de la requérante tiré de l'ordonnance Deichmann/OHMI⁹, par lequel celle-ci cherche à démontrer que la simple utilisation d'une marque en tant que motif de surface n'est pas suffisante pour appliquer la jurisprudence relative aux marques se confondant avec l'apparence des produits, a déjà été examiné dans l'arrêt attaqué. Pour rappel, le Tribunal a considéré, au point 57 de l'arrêt attaqué, que l'arrêt Deichmann/OHMI (Représentation d'un chevron bordé de pointillés)¹⁰, validé par l'ordonnance de la Cour que cite la requérante, n'était pas transposable en l'espèce, car il ne portait pas sur un signe qui, en raison de ses caractéristiques intrinsèques, se prête tout particulièrement à être utilisé comme un motif de surface.

6 Ordonnance du 26 avril 2012, Deichmann/OHMI (C-307/11 P, non publiée, EU:C:2012:254).

7 Arrêt du 13 avril 2011, Deichmann/OHMI (Représentation d'un chevron bordé de pointillés) (T-202/09, non publié, EU:T:2011:168).

8 Arrêt du 15 mai 2014, Louis Vuitton Malletier/OHMI (C-97/12 P, non publié, EU:C:2014:324).

9 Ordonnance du 26 avril 2012, Deichmann/OHMI (C-307/11 P, non publiée, EU:C:2012:254).

10 Arrêt du 13 avril 2011, Deichmann/OHMI (Représentation d'un chevron bordé de pointillés) (T-202/09, non publié, EU:T:2011:168).

VI. Analyse

A. Sur la recevabilité

32. L'EUIPO soutient que la première branche du premier moyen est irrecevable dans la mesure où la requérante conteste la qualification de la marque internationale en tant que motif de surface.

33. Il convient de rappeler tout d'abord que, en vertu de l'article 256, paragraphe 1, TFUE et de l'article 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, le pourvoi est limité aux questions de droit. Le Tribunal est 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 pourvoi¹¹.

34. C'est dans ce contexte qu'il y a lieu d'observer, en premier lieu, que, dans le cadre de la première branche du premier moyen du pourvoi, la requérante ne conteste pas les constatations du Tribunal concernant le fait que la marque internationale est susceptible d'être utilisée en tant que motif de surface. La requérante ne conteste pas non plus le fait que ce type d'utilisation de la marque internationale n'est pas peu probable.

35. En revanche, la requérante conteste le critère retenu par le Tribunal afin de justifier l'application de la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'aspect du produit. Tandis que le Tribunal a considéré que cette jurisprudence devait être appliquée en l'espèce en raison du fait que l'utilisation de la marque internationale comme motif de surface n'était pas une utilisation peu probable, la requérante considère que cette jurisprudence a vocation à être appliquée uniquement lorsqu'il s'agit de l'utilisation la plus probable de la marque concernée.

36. En second lieu, l'exception d'irrecevabilité soulevée par l'EUIPO me semble quelque peu en contradiction avec les autres considérations de cette partie portant sur le premier moyen pris en sa première branche.

37. Dans son mémoire en réponse, l'EUIPO indique que la Cour a confirmé, dans l'arrêt *Louis Vuitton Malletier/OHMI*¹², que la possibilité qu'une marque constitue une partie des produits qu'elle désigne peut représenter un critère d'applicabilité de la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits. En effet, l'un des points litigieux entre les parties dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt était le point de savoir si la jurisprudence relative aux marques tridimensionnelles constituées par l'apparence du produit lui-même s'applique également aux marques figuratives représentant non seulement le produit entier, mais aussi seule une partie de ce produit¹³. C'est dans ce contexte que, au point 56 de cet arrêt, la Cour a indiqué que le Tribunal n'avait pas commis d'erreur de droit en se référant à la jurisprudence applicable aux marques tridimensionnelles et a rejeté comme non fondé l'argument invoqué, à cet égard, au soutien de la branche concernée du moyen unique du pourvoi.

¹¹ Voir ordonnances du 13 septembre 2011, *Wilfer/OHMI* (C-546/10 P, non publiée, EU:C:2011:574, point 62 et jurisprudence citée), et du 11 septembre 2014, *Think Schuhwerk/OHMI* (C-521/13 P, EU:C:2014:2222, point 43 et jurisprudence citée).

¹² Arrêt du 15 mai 2014, *Louis Vuitton Malletier/OHMI* (C-97/12 P, non publié, EU:C:2014:324).

¹³ Voir, pour les positions de la requérante et l'EUIPO, respectivement, points 43 et 47 de l'arrêt du 15 mai 2014, *Louis Vuitton Malletier/OHMI* (C-97/12 P, non publié, EU:C:2014:324).

38. Par cet argument, rejeté comme non fondé, la requérante avait contesté, dans l'abstrait, les critères de l'applicabilité *ratione materiae* de la jurisprudence relative aux marques tridimensionnelles, ce qui, à mon sens, constituait une question de droit pouvant être, en tant que telle, invoquée dans le cadre d'un pourvoi. La Cour a d'ailleurs bien vu les choses de cette manière aussi, puisque cet argument de la requérante avait été non pas déclaré irrecevable, mais bien rejeté comme non fondé.

39. En ce qui concerne la présente affaire, la première branche du premier moyen soulevé par la requérante porte sur une problématique similaire. En effet, la requérante conteste, dans l'abstrait, les critères de l'applicabilité *ratione materiae* de la jurisprudence relative aux marques se confondant avec l'apparence des produits appliqués par le Tribunal dans l'arrêt attaqué.

40. À la lumière des considérations qui précèdent, je pense que les arguments invoqués par la requérante au soutien de la première branche du premier moyen du pourvoi portent sur une question de droit. Par conséquent, je propose à la Cour d'écarter l'exception d'irrecevabilité soulevée par l'EUIPO dans la mesure où elle porte sur cette branche.

B. Sur le fond

1. Observations liminaires

41. Pour rappel, par la première branche du premier moyen, la requérante reproche au Tribunal d'avoir appliqué à tort la jurisprudence relative aux signes qui se confondent avec l'apparence des produits à la marque internationale. Selon le Tribunal, cette jurisprudence est, en principe, applicable au regard de tous les produits, à l'exception de ceux pour lesquels, au vu de leur nature, l'utilisation d'un tel signe en tant que motif de surface est peu probable. La requérante considère cependant que c'est uniquement lorsque l'utilisation d'un signe comme motif de surface est son utilisation la plus probable que cette jurisprudence a vocation à être appliquée.

42. C'est dans ce contexte que j'analyserai, en premier lieu, le développement de la portée de la jurisprudence relative aux signes qui se confondent avec l'apparence des produits. Cette analyse sera utile afin d'identifier les critères de l'applicabilité *ratione materiae* de cette jurisprudence. En second lieu, j'aborderai le point de savoir si lesdits critères sont pleinement transposables aux marques constituées par des signes composés d'éléments qui se répètent régulièrement.

2. Sur le développement de la portée de la jurisprudence relative aux marques se confondant avec l'apparence des produits désignés

a) Rappel de la jurisprudence

43. La jurisprudence relative aux marques qui se confondent avec l'apparence des produits désignés par celles-ci trouve ses origines dans les arrêts portant sur les marques tridimensionnelles constituées par l'apparence du produit lui-même¹⁴. Il ressort de ces arrêts que 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. En pareil cas, il pourrait donc s'avérer plus difficile d'établir le caractère distinctif s'agissant d'une marque tridimensionnelle que s'agissant d'une marque verbale ou figurative. Or, l'absence de caractère distinctif implique qu'un signe n'est pas susceptible de remplir la fonction essentielle de la marque.

¹⁴ Voir, en ce sens, dans le cadre du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1) : arrêts du 29 avril 2004, Henkel/OHMI (C-456/01 P et C-457/01 P, EU:C:2004:258) ; du 7 octobre 2004, Mag Instrument/OHMI (C-136/02 P, EU:C:2004:592) ; ainsi que du 12 janvier 2006, Deutsche SiSi-Werke/OHMI (C-173/04 P, EU:C:2006:20).

44. En tout état de cause, la jurisprudence concernée repose sur l'idée qu'il y a une différence dans la perception du public pertinent entre des marques tridimensionnelles constituées par l'apparence du produit lui-même, et des marques verbales et figuratives qui consistent en des signes indépendants de l'aspect des produits qu'elles désignent¹⁵. Dès lors, cette jurisprudence ne s'applique pas à toutes les marques tridimensionnelles, mais exclusivement à celles qui sont constituées par la forme des produits concernés. En outre, on ne saurait écarter d'emblée la possibilité d'appliquer cette jurisprudence aux marques verbales et figuratives, dans la mesure où elles ne sont pas indépendantes de tels produits.

45. Ces considérations sont corroborées par l'analyse de l'évolution de la portée de la jurisprudence développée au sujet des marques tridimensionnelles constituées par l'apparence du produit lui-même.

46. Il est bien établi que cette jurisprudence vaut lorsque la marque dont l'enregistrement est demandé est une marque figurative constituée par la représentation bidimensionnelle du produit concerné. C'est dans ce contexte que la Cour a reconnu que, en pareil cas, la marque ne consiste pas en un signe indépendant de l'aspect des produits qu'elle désigne¹⁶. Pour les mêmes raisons, cette jurisprudence est également applicable lorsque seule une partie du produit désigné est représentée par une marque bidimensionnelle¹⁷.

47. Par ailleurs, la Cour a récemment validé le raisonnement du Tribunal selon lequel la qualification de la marque concernée était sans pertinence lorsqu'il s'agissait du point de savoir si les critères de l'appréciation de son caractère distinctif, développés au sujet des marques tridimensionnelles, étaient applicables en l'espèce. Dès lors, la Cour a indirectement admis que c'est non pas la qualification d'une marque qui est décisive à cet égard, mais le fait qu'elle se confonde avec l'aspect du produit concerné¹⁸.

48. Toutefois, je relève que la Cour a déjà constaté, dans l'arrêt *Louis Vuitton Malletier/OHMI*, que l'application de la jurisprudence relative aux marques tridimensionnelles et figuratives constituées, respectivement, par la forme du produit concerné ou par une représentation de celles-ci présuppose l'existence d'un lien entre la marque et ce produit, *qui sera reconnu par le public pertinent*¹⁹. Par ailleurs, dans les arrêts s'inscrivant dans cette ligne jurisprudentielle, la Cour a validé les constatations du Tribunal relatives à l'application de la jurisprudence concernée à une marque constituée par un signe tridimensionnel ou bidimensionnel incorporant un élément figuratif, au motif que cet élément figuratif ne consistait pas en un signe indépendant de l'aspect des produits, *mais ne constituait, dans l'esprit du consommateur, qu'une configuration décorative*²⁰.

15 Voir, en ce sens, dans le cadre du règlement n° 40/94, arrêts du 29 avril 2004, *Henkel/OHMI* (C-456/01 P et C-457/01 P, EU:C:2004:258, point 38) ; du 7 octobre 2004, *Mag Instrument/OHMI* (C-136/02 P, EU:C:2004:592, point 30) ainsi que du 12 janvier 2006, *Deutsche SiSi-Werke/OHMI* (C-173/04 P, EU:C:2006:20, point 28).

16 Voir arrêt du 22 juin 2006, *Storck/OHMI* (C-25/05 P, EU:C:2006:422, point 29).

17 Voir ordonnance du 13 septembre 2011, *Wilfer/OHMI* (C-546/10 P, non publiée, EU:C:2011:574, point 59).

18 Voir, en ce sens, ordonnance du 16 mai 2011, *X Technology Swiss/OHMI* (C-429/10 P, non publiée, EU:C:2011:307, points 36 à 38). Voir, également, arrêt du Tribunal du 13 avril 2011, *Deichmann/OHMI* (Représentation d'un chevron bordé de pointillés) (T-202/09, non publié, EU:T:2011:168, point 41).

19 Arrêt du 15 mai 2014, *Louis Vuitton Malletier/OHMI* (C-97/12 P, non publié, EU:C:2014:324, point 55). Mise en italique par mes soins.

20 Voir, en ce qui concerne les marques tridimensionnelles, arrêt du 6 septembre 2012, *Storck/OHMI* (C-96/11 P, non publié, EU:C:2012:537, points 37 et 38). S'agissant des marques bidimensionnelles, voir arrêt du 4 mai 2017, *August Storck/EUIPO* (C-417/16 P, non publié, EU:C:2017:340, points 40 et 42). Mise en italique par mes soins.

49. Il découle de cette analyse jurisprudentielle que l'applicabilité de la jurisprudence relative aux marques se confondant avec l'apparence des produits qu'elles désignent ne dépend pas de l'absence de possibilité technique de dissocier le signe et le produit, mais de l'existence d'une ressemblance²¹, perceptible par le public pertinent, entre un signe et les produits qu'il désigne ou une partie de ces derniers.

b) Conclusion intermédiaire

50. Ainsi, à titre de conclusion intermédiaire, je constate, premièrement, que l'applicabilité des critères d'appréciation du caractère distinctif développés initialement par la jurisprudence dans le contexte de certaines marques tridimensionnelles ne dépend pas de la qualification donnée à la marque concernée.

51. Partant, même si la notion de « marque de motif » a été intégrée dans le système des marques de l'Union lors de l'entrée en vigueur du règlement d'exécution (UE) 2017/1431²², il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si la marque internationale en cause devrait être qualifiée de marque de motif au sens de ce règlement. En outre, l'article 3, paragraphe 3, sous e), du règlement d'exécution 2017/1431 désigne uniquement la façon dont une marque doit être représentée « lorsqu'[elle] consiste exclusivement en un ensemble d'éléments qui se répètent de façon régulière »²³. En tout état de cause, à la lumière des observations présentées aux points 47 et 50 des présentes conclusions, cette disposition ne contient pas de définition de la marque de motif qui soit susceptible d'avoir une incidence sur l'appréciation de son caractère distinctif. De plus, la demande d'extension de la protection découlant de la marque internationale a été introduite par la requérante avant l'entrée en vigueur du règlement d'exécution 2017/1431.

52. Deuxièmement, c'est le fait qu'un signe qui constitue une marque n'est pas indépendant de l'aspect des produits désignés qui détermine l'applicabilité des critères développés au sujet de certaines marques tridimensionnelles. Ainsi, comme cette jurisprudence suppose l'existence d'une ressemblance entre un signe et des produits qu'il désigne, elle ne saurait être appliquée à une marque uniquement en raison de ses caractéristiques intrinsèques, appréciées dans l'abstrait. Dès lors, le point de savoir si cette jurisprudence est applicable ou non implique la prise en compte des produits pour lesquels la protection de la marque est demandée.

53. Troisièmement, pour répondre à la question de savoir si un signe est indépendant de l'aspect des produits pour lesquels la protection de la marque a été demandée, il convient de se placer du point de vue du public pertinent.

21 Par le mot « ressemblance », j'entends une ressemblance par association. Je n'utilise pas l'expression « lien d'association », afin d'éviter une confusion avec l'usage de cette expression dans le contexte de l'article 8, paragraphe 5, du règlement n° 207/2009. En tout état de cause, en utilisant la notion de « ressemblance », je ne préjuge pas de l'impossibilité d'appliquer la jurisprudence développée en ce qui concerne les marques tridimensionnelles qui se confondent avec l'apparence des produits aux situations où la protection de la marque est demandée pour des services. C'est dans ce contexte que j'observe que, dans une série d'arrêts, le Tribunal a indiqué que cette jurisprudence vaut également lorsque la marque demandée est une marque figurative constituée par un motif de couleurs dépourvu de contour. Voir point 26 des quatre arrêts rendus le 10 septembre 2015 : EE/OHMI (Représentation de points blancs sur fond gris) (T-77/14, non publié, EU:T:2015:620) ; EE/OHMI (Représentation de points blancs sur fond bleu) (T-94/14, non publié, EU:T:2015:618) ; EE/OHMI (Représentation de points blancs sur fond jaune) (T-143/14, non publié, EU:T:2015:616), et EE/OHMI (Représentation de points blancs sur fond ivoire) (T-144/14, non publié, EU:T:2015:615). Dans ces arrêts, le Tribunal n'a pas hésité à appliquer la jurisprudence relative aux marques tridimensionnelles à des marques constituées par des couleurs dans la mesure où la protection de la marque avait été demandée pour des services. Je relève que c'est également la position privilégiée de l'EUIPO dans ses directives, selon lesquelles une marque de motif considérée comme dépourvue de caractère distinctif pour les produits qu'elle désigne doit également être considérée comme dépourvue de caractère distinctif pour les services étroitement liés à ces produits. Voir directives concernant les procédures devant l'EUIPO - partie B, Section 4, Chapitre 3, point 13.

22 Règlement d'exécution de la Commission du 18 mai 2017 établissant les modalités d'application de certaines dispositions du règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil sur la marque de l'Union européenne (JO 2017, L 205, p. 39).

23 Voir, en ce sens, mes conclusions dans l'affaire Louboutin et Christian Louboutin (C-163/16, EU:C:2018:64, point 33).

3. Sur la transposabilité des critères jurisprudentiels aux marques constituées par des signes composés d'un ensemble d'éléments qui se répètent régulièrement

a) Détermination de la problématique

54. Il est facile d'établir le fait qu'un signe se confond avec l'apparence des produits désignés lorsqu'une demande d'enregistrement porte sur un signe préalablement apposé ou associé d'une autre façon aux produits pour lesquels la protection de la marque est demandée.

55. Par exemple, l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Freixenet/OHMI²⁴ concernait un aspect spécifique de la surface des produits pour lesquels la protection de la marque avait été demandée, relevant de la classe 33 au sens de l'arrangement de Nice, à savoir les « Vins mousseux ». Les marques dont l'enregistrement avait été demandé étaient constituées par des signes représentant des bouteilles émerisées. C'est dans ce contexte que la Cour a confirmé que la jurisprudence développée au sujet des marques tridimensionnelles qui se confondent avec l'apparence des produits désignés vaut également lorsque la marque dont l'enregistrement est demandé est une marque « autre » constituée par l'aspect spécifique de la surface de l'emballage nécessaire des produits qu'elle désigne²⁵.

56. L'existence d'une ressemblance entre un signe constituant une marque et des produits qu'elle désigne est moins perceptible lorsque le signe en cause consiste, comme en l'espèce, en une représentation graphique, de forme carrée, d'un ensemble d'éléments qui se répètent de façon régulière.

57. Certes, la Cour a déjà validé, avec une référence explicite à la jurisprudence développée au sujet des marques tridimensionnelles se confondant avec l'apparence des produits désignés, les conclusions du Tribunal qui avait considéré un motif abstrait comme un signe qui se confond avec l'aspect extérieur du produit pour lequel le signe est demandé²⁶. Toutefois, le motif en cause dans cette affaire était incontestablement destiné à être appliqué à la surface d'un produit.

58. Ainsi, la Cour a confirmé en principe l'applicabilité de la jurisprudence relative aux marques se confondant avec l'apparence des produits aux marques constituées par des motifs. Cependant, dans la jurisprudence rappelée ci-dessus, la Cour n'a pas explicitement pris position sur le niveau de probabilité à retenir afin de considérer une marque figurative, telle que celle en cause en l'espèce, composée d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement, comme un motif de surface se confondant avec l'apparence des produits concernés.

59. En tout état de cause, des conclusions définitives ne peuvent pas non plus être tirées de la jurisprudence de la Cour selon laquelle plus la forme dont l'enregistrement est demandé se rapproche de la forme la plus probable que prendra le produit en cause ou son emballage, plus il est vraisemblable que ladite forme est dépourvue de caractère distinctif²⁷.

60. Il me semble en effet que ce passage porte, non pas sur les critères de l'applicabilité de la jurisprudence développée au sujet des marques tridimensionnelles qui se confondent avec l'apparence des produits, mais sur l'appréciation du caractère distinctif d'une marque à la lumière de ladite jurisprudence.

24 Arrêt du 20 octobre 2011 (C-344/10 P et C-345/10 P, EU:C:2011:680).

25 Arrêt du 20 octobre 2011, Freixenet/OHMI (C-344/10 P et C-345/10 P, EU:C:2011:680, point 48).

26 Ordonnance du 28 juin 2004, Glaverbel/OHMI (C-445/02 P, EU:C:2004:393, points 23 et 24).

27 Voir, en ce sens, dans le cadre du règlement n° 40/94, arrêts du 7 octobre 2004, Mag Instrument/OHMI (C-136/02 P, EU:C:2004:592, point 31) ; du 29 avril 2004, Henkel/OHMI (C-456/01 P et C-457/01 P, EU:C:2004:258, point 39), et du 12 janvier 2006, Deutsche SiSi-Werke/OHMI (C-173/04 P, EU:C:2006:20, point 31).

61. Cette interprétation est corroborée par l'analyse de l'arrêt *Mag Instrument/OHMI*²⁸. Au point 31 de cet arrêt, la Cour a rappelé les considérations jurisprudentielles concernant l'articulation entre, d'une part, le caractère distinctif d'une marque constituée de la forme des produits qu'elle désigne et, d'autre part, la forme la plus probable de ces derniers. La Cour a ensuite constaté, au point 32 de cet arrêt, que 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. Ainsi, il me semble évident que les considérations portant sur l'articulation entre le caractère distinctif d'une marque et la forme la plus probable des produits pour lesquels la protection de la marque est demandée concernent, en substance, l'appréciation du caractère distinctif d'une marque. Partant, les points des arrêts cités ci-dessus ne concernaient pas des critères d'applicabilité de la jurisprudence relative aux signes qui se confondent avec l'aspect des produits concernés.

62. Dans la même veine, le Tribunal a également expliqué dans sa jurisprudence que l'analyse de la forme la plus probable que prendra le produit désigné par une marque constituée, en substance, l'analyse de la norme ou des habitudes du secteur en question²⁹.

63. Toutefois, la requérante soutient que, selon la jurisprudence de la Cour, il serait nécessaire que l'utilisation du signe en cause en tant que motif de surface soit « l'utilisation la plus probable » de ce signe. En présentant à cet égard un point de vue proche de celui de la requérante, tout en aboutissant à des conclusions différentes, l'EUIPO indique qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que la simple possibilité qu'une marque constitue une partie de la forme des produits revendiqués suffit pour appliquer la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits.

64. Ainsi, le débat suscité par la première branche du premier moyen du pourvoi porte notamment sur la question de savoir si le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Louis Vuitton Malletier/OHMI*³⁰ ou l'ordonnance *Deichmann/OHMI*³¹ est transposable à la présente affaire. C'est dans ce contexte que je vais tout d'abord analyser ces décisions de la Cour. Je confronterai ensuite la solution retenue en analysant la jurisprudence du Tribunal qui, à mon sens, a tranché cette problématique dans plusieurs de ses arrêts.

b) Analyse de la jurisprudence de la Cour

1) Sur la pertinence de l'arrêt *Louis Vuitton Malletier/OHMI*

65. Pour rappel, l'EUIPO soutient que la Cour a confirmé, dans son arrêt *Louis Vuitton Malletier/OHMI*³², que la possibilité qu'une marque constitue une partie de la forme des produits revendiqués peut constituer un critère d'applicabilité de la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits. Selon l'EUIPO, le même critère devrait aussi s'appliquer à la présente affaire.

28 Arrêt du 7 octobre 2004 (C-136/02 P, EU:C:2004:592).

29 Voir arrêt du 29 janvier 2013, *Germans Boada/OHMI* (Carrelette manuelle) (T-25/11, non publié, EU:T:2013:40, point 99). Voir également, en ce sens, arrêt du 29 juin 2015, *Grupo Bimbo/OHMI* (Forme d'une tortilla mexicaine) (T-618/14, non publié, EU:T:2015:440, points 25 et 26). Dans cet arrêt, le Tribunal a indiqué que « plus la forme dont l'enregistrement a été 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 » et que, inversement, « 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 ».

30 Arrêt du 15 mai 2014, *Louis Vuitton Malletier/OHMI* (C-97/12 P, non publié, EU:C:2014:324).

31 Ordonnance du 26 avril 2012, *Deichmann/OHMI* (C-307/11 P, non publiée, EU:C:2012:254).

32 Arrêt du 15 mai 2014, *Louis Vuitton Malletier/OHMI* (C-97/12 P, non publié, EU:C:2014:324, points 57 et 59).

66. Dans ce contexte, j'observe que, en réponse à l'argument de la requérante selon lequel le critère à retenir pour considérer une marque figurative, composée d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement, comme un motif de surface découle de l'ordonnance Deichmann/OHMI³³, l'EUIPO se borne à indiquer que cet argument a été examiné dans l'arrêt attaqué. Pour mémoire, au point 57 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a considéré que son arrêt rendu dans l'affaire ayant donné lieu à cette ordonnance n'était pas transposable en l'espèce, parce qu'elle ne concernait pas un signe composé d'une séquence répétitive d'éléments.

67. Toutefois, l'arrêt Louis Vuitton Malletier/OHMI³⁴ ne portait pas non plus sur l'enregistrement d'un signe composé d'une séquence répétitive d'éléments. En fait, cet arrêt portait sur la demande d'enregistrement d'une marque figurative représentant un dispositif de verrouillage.

68. Ainsi, la position de l'EUIPO me semble contradictoire dans la mesure où, à l'appui de son mémoire en réponse, d'une part, il invoque l'arrêt Louis Vuitton Malletier/OHMI³⁵ et, d'autre part, il semble considérer que c'est à bon droit que le Tribunal a conclu que l'ordonnance Deichmann/OHMI³⁶ n'était pas transposable en l'espèce.

69. Pour ces raisons, sans préjuger du bien-fondé du critère retenu par la Cour dans l'arrêt Louis Vuitton Malletier/OHMI³⁷, contrairement à l'EUIPO, je ne suis pas convaincu que des conclusions définitives, transposables en l'espèce, puissent être tirées de cet arrêt.

2) Sur la pertinence de l'ordonnance Deichmann/OHMI

70. La requérante, quant à elle, invoque au soutien de la première branche du premier moyen du pourvoi le point 55 de l'ordonnance Deichmann/OHMI³⁸. Elle considère qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que c'est l'utilisation la plus probable d'un signe qui est décisive pour l'application de la jurisprudence relative aux marques se confondant avec l'apparence des produits. Partant, selon la requérante, ce critère devrait être appliqué à la marque internationale en cause.

71. Je ne partage pas ce point de vue.

72. Il y a lieu d'observer que l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance Deichmann/OHMI³⁹ concernait une demande d'enregistrement comme marque communautaire d'une marque figurative représentant une bande en angle avec des lignes pointillées. Ainsi, le signe constituant la marque en cause n'était pas composé d'éléments qui se répètent de façon régulière.

73. À cet égard, je dois avouer, en premier lieu, que je suis sensible à la thèse avancée par la requérante selon laquelle toute marque verbale ou figurative pourrait, en théorie, être étendue ou reproduite à l'infini et être utilisée comme motif apposé sur la surface des produits. Il en va d'autant plus ainsi que la jurisprudence relative aux marques qui se confondent avec l'apparence des produits désignés ne vise pas uniquement des marques qui se confondent avec l'apparence du produit, mais également celles qui se confondent avec une partie du produit désigné⁴⁰.

33 Ordonnance du 26 avril 2012, Deichmann/OHMI (C-307/11 P, non publiée, EU:C:2012:254).

34 Arrêt du 15 mai 2014, Louis Vuitton Malletier/OHMI (C-97/12 P, non publié, EU:C:2014:324, points 57 et 59).

35 Arrêt du 15 mai 2014, Louis Vuitton Malletier/OHMI (C-97/12 P, non publié, EU:C:2014:324, points 57 et 59).

36 26 avril 2012, Deichmann/OHMI (C-307/11 P, non publiée, EU:C:2012:254).

37 Arrêt du 15 mai 2014, Louis Vuitton Malletier/OHMI (C-97/12 P, non publié, EU:C:2014:324, points 57 et 59).

38 Ordonnance du 26 avril 2012 (C-307/11 P, non publiée, EU:C:2012:254).

39 Ordonnance du 26 avril 2012 (C-307/11 P, non publiée, EU:C:2012:254).

40 Dans ce contexte, voir jurisprudence rappelée au point 46 des présentes conclusions.

74. Toutefois, je reconnais une différence entre, d'une part, une marque constituée par un signe qui se répète régulièrement et, d'autre part, la reproduction à l'infini d'autres marques figuratives ou verbales, constituées et enregistrées comme signes uniques et aptes à être utilisées en tant que telles.

75. Il est évident que les marques appartenant à cette seconde catégorie peuvent être multipliées, même si elles ne sont pas constituées par des signes qui se répètent de façon régulière. Or, chaque élément d'une telle multiplication, pris individuellement, constitue un signe qui n'est pas dépourvu de caractère distinctif.

76. Il n'en va pas de même, en principe, pour une marque constituée par un signe composé d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement. Il est vrai qu'en théorie une telle marque peut être fractionnée ou décomposée afin d'extraire de cette marque une série unique d'éléments. Cependant, il me semble qu'une telle série unique d'éléments serait, en principe, dépourvue de caractère distinctif, compte tenu de sa banalité, et ne saurait constituer une marque au sens du règlement n° 207/2009.

77. C'est, à mon sens, la raison pour laquelle le niveau de probabilité qu'un signe composé d'une série d'éléments qui se répètent régulièrement soit utilisé comme motif de surface se confondant avec l'apparence des produits déterminés devrait être plus élevé que pour d'autres signes constituant des marques verbales et figuratives. En effet, les signes composés d'éléments qui se répètent de façon régulière sont, en quelque sorte, prédestinés à être apposés sur la surface ou l'emballage de produits, étant donné qu'ils ne sont pas constitués par des éléments qui, pris individuellement, peuvent être enregistrés et utilisés en tant que marques permettant au public pertinent d'identifier l'origine des produits en cause. Partant, il n'est que peu probable que les signes en cause ne soient pas utilisés en tant que motifs de surface.

78. En deuxième lieu, je rappelle que, dans la jurisprudence, les critères développés au sujet des marques tridimensionnelles qui se confondent avec l'apparence des produits sont habituellement appliqués aux marques constituées de signes composés d'un ensemble d'éléments qui se répètent de façon régulière, préalablement apposés sur des produits pour lesquels la protection de la marque est demandée⁴¹.

79. C'est dans ce contexte qu'il faut tenir compte du fait que, à la suite de l'enregistrement d'un signe qui consiste en une représentation graphique, de forme carrée, du même ensemble d'éléments qui se répètent de façon régulière, le titulaire pourrait apposer un tel signe sur la surface des produits pour lesquels la protection a été demandée. En tout état de cause, les déclarations relatives à l'utilisation prévue ou actuelle d'une marque sont susceptibles d'être modifiées postérieurement à l'enregistrement de celle-ci et ne sauraient donc avoir une incidence quelconque sur l'appréciation de son caractère enregistrable⁴².

80. En conséquence, en pareil cas, l'adoption du niveau de probabilité avancé par la requérante dans la première branche du premier moyen du pourvoi pourrait permettre d'échapper systématiquement à l'application des critères développés au sujet des marques tridimensionnelles qui se confondent avec l'apparence des produits, nonobstant le fait qu'il s'agirait de marques qui se prêtent tout particulièrement à être utilisées en tant que motifs de surface et qui seront probablement utilisées en tant que telles.

81. À la lumière des considérations qui précèdent, je suis enclin à partager la position retenue par le Tribunal aux points 54 et 55 de l'arrêt attaqué selon laquelle c'est uniquement lorsque l'utilisation d'un motif de surface est peu probable au vu de la nature des produits en cause qu'un tel signe ne peut pas être considéré comme un motif de surface, au regard des produits en cause.

⁴¹ Voir, notamment, jurisprudence rappelée au point 55 des présentes conclusions.

⁴² Voir, en ce sens, arrêt du 31 mai 2006, De Waele/OHMI (Forme d'une saucisse) (T-15/05, EU:T:2006:142, points 28 et 29).

82. Néanmoins, je vais confronter ces considérations avec l'approche adoptée par le Tribunal dans sa jurisprudence relative aux signes composés d'un ensemble d'éléments qui se répètent de façon régulière.

c) Analyse de la jurisprudence du Tribunal

83. Le Tribunal a appliqué à plusieurs reprises la jurisprudence développée au sujet des marques tridimensionnelles constituées par l'apparence du produit lui-même à un signe figuratif représentant un motif à carreaux.

84. S'agissant des produits pour lesquels la protection de la marque avait été demandée, le Tribunal considère habituellement que la possibilité qu'une marque soit constituée par une partie de la forme des produits revendiqués est un critère d'applicabilité de la jurisprudence relative aux signes se confondant avec l'apparence des produits pour lesquels la protection de la marque est demandée⁴³.

85. Certes, récemment, s'agissant d'une marque figurative décrite comme un « motif "vichy" de couleur rouge et blanc », enregistrée pour les produits « lait et produits laitiers à l'exclusion des entremets et desserts lactés », le Tribunal ne s'est pas fondé sur la jurisprudence relative aux marques tridimensionnelles dans son analyse portant sur le moyen du recours invoquant une violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 207/2009. À l'instar de la chambre de recours de l'OHMI, le Tribunal a appliqué la jurisprudence selon laquelle un signe d'une simplicité excessive n'est pas susceptible, en tant que tel, de transmettre un message dont les consommateurs peuvent se souvenir et, de ce fait, est dépourvu de caractère distinctif⁴⁴. Je suis conscient que ce raisonnement a été en quelque sorte déterminé par la décision de la chambre de recours.

86. En réponse à une question posée par la Cour lors de l'audience, l'EUIPO a déclaré qu'un signe peut être dépourvu de caractère distinctif pour plusieurs motifs et que, de ce fait, en pareil cas, la chambre de recours peut choisir entre ces deux lignes jurisprudentielles lorsqu'elle procède à l'appréciation du caractère distinctif d'une marque.

87. Ainsi, il ressort de cette analyse que, pour le Tribunal, il suffit que l'utilisation d'un signe en tant que motif de surface soit « probable » pour appliquer la jurisprudence développée au sujet des marques tridimensionnelles qui se confondent avec l'apparence des produits désignés. À l'inverse, cette jurisprudence ne serait pas applicable lorsqu'une telle utilisation est peu probable.

43 Voir, notamment, arrêts du 19 septembre 2012, Fraas/OHMI (Motif à carreaux gris clair, gris foncé, beige, rouge foncé et brun) (T-326/10, non publié, EU:T:2012:436, points 52 à 57) ; Fraas/OHMI (Motif à carreaux noir, beige, brun, rouge foncé et gris) (T-26/11, non publié, EU:T:2012:440, points 53 à 57) ; Fraas/OHMI (Motif à carreaux gris foncé, gris clair, noir, beige, rouge foncé et rouge clair) (T-50/11, non publié, EU:T:2012:442, points 51 et 52) ; ainsi que du 21 avril 2015, Louis Vuitton Malletier/OHMI – Nanu-Nanu (Représentation d'un motif à damier marron et beige) (T-359/12, EU:T:2015:215, points 29 et 30), et Louis Vuitton Malletier/OHMI – Nanu-Nanu (Représentation d'un motif à damier gris) (T-360/12, non publié, EU:T:2015:214, points 29 et 30).

44 3 décembre 2015, Compagnie des fromages & Richesmonts/OHMI – Grupo Lactalis Iberia (Représentation d'un motif vichy rouge et blanc) (T-327/14, non publié, EU:T:2015:929, point 33).

88. Ces considérations ne sauraient être remises en cause par le fait que, dans le cadre des systèmes des marques nationales, les juridictions compétentes apprécient le caractère distinctif des marques constituées par des signes composés d'un ensemble d'éléments qui se répètent régulièrement sans faire aucune référence à la jurisprudence relative aux marques qui se confondent avec l'apparence des produits⁴⁵. Il est de jurisprudence constante que la légalité des décisions des chambres de recours doit être appréciée, non pas sur la base d'une pratique décisionnelle antérieure à celles-ci, mais uniquement sur la base du règlement n° 207/2009, tel qu'interprété par le juge de l'Union⁴⁶.

89. Eu égard à mes observations qui précèdent, je considère que la première branche du premier moyen du pourvoi est non fondée. À l'instar du Tribunal, je considère que c'est uniquement lorsque l'utilisation d'un motif de surface est peu probable au vu de la nature des produits en cause qu'un tel signe ne peut pas être considéré comme un motif de surface, au regard des produits en cause, et, de ce fait, que la jurisprudence développée au sujet des marques tridimensionnelles qui se confondent avec l'aspect des produits ne lui est pas applicable.

VII. Conclusion

90. Pour ces motifs, et sans préjuger du bien-fondé d'autres branches du premier moyen ainsi que d'autres moyens, je propose à la Cour de rejeter le premier moyen pris en sa première branche comme étant non fondé.

⁴⁵ Par exemple, dans son arrêt du 1^{er} décembre 2010 (n° 09/02580), la cour d'appel de Paris (France) a déclaré qu'une marque constituée par le motif « vichy » n'était pas dépourvue de caractère distinctif, au motif que le caractère banal et usuel de l'utilisation de ce motif dans le conditionnement des produits alimentaires n'avait pas été établi. Par ailleurs, la cour d'appel de Paris, par son arrêt du 14 décembre 2012 (n° 12/05245), a également considéré qu'une marque constituée d'un carreau monochromatique, revendiquant la protection pour des produits appartenant à la classe 25 de l'arrangement de Nice, plus spécifiquement pour les chaussures, n'était pas non plus dépourvue de caractère distinctif.

⁴⁶ Voir, en ce sens, dans le contexte de la pratique antérieure des chambres de recours en ce qui concerne des marques communautaires sous le régime du règlement n° 40/94, arrêt du 15 septembre 2005, BioID/OHMI (C-37/03 P, EU:C:2005:547, point 47).