

ARRÊT DE LA COUR (huitième chambre)

25 octobre 2007\*

Dans l'affaire C-238/06 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice,  
introduit le 25 mai 2006,

**Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG**, établie à Unterhaching  
(Allemagne), représentée par M<sup>es</sup> R. et H. Kunz-Hallstein, Rechtsanwälte,

partie requérante,

l'autre partie à la procédure étant:

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

partie défenderesse en première instance,

\* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR (huitième chambre),

composée de M. G. Arestis, président de chambre, M<sup>me</sup> R. Silva de Lapuerta et M. E. Juhász (rapporteur), juges,

avocat général: M. D. Ruiz-Jarabo Colomer,  
greffier: M. B. Fülöp, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 24 mai 2007,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

**Arrêt**

- 1 Par son pourvoi, la société Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG (ci-après «Develey») demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 15 mars 2006, Develey/OHMI (Forme d'une bouteille en plastique) (T-129/04, Rec. p. II-811, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel ce dernier 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) (OHMI), du 20 janvier 2004 refusant l'enregistrement d'une marque tridimensionnelle (ci-après la «décision litigieuse»).

## Le cadre juridique

### *Le droit international*

#### La convention de Paris

- 2 Sur le plan international, le droit des marques est régi par la convention pour la protection de la propriété industrielle, signée à Paris le 20 mars 1883, révisée en dernier lieu à Stockholm le 14 juillet 1967 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 828, n° 11851, p. 305, ci-après la «convention de Paris»). Tous les États membres de la Communauté européenne sont parties à cette convention.
  
- 3 L'article 2, paragraphe 1, de la convention de Paris prévoit:

«Les ressortissants de chacun des pays de l'Union jouiront dans tous les autres pays de l'Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévus par la présente Convention. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des conditions et formalités imposées aux nationaux.»

4 L'article 6 quinquies, A et B, de la convention de Paris dispose:

«A.

1) Toute marque de fabrique ou de commerce régulièrement enregistrée dans le pays d'origine sera admise au dépôt et protégée telle quelle dans les autres pays de l'Union, sous les réserves indiquées au présent article. Ces pays pourront, avant de procéder à l'enregistrement définitif, exiger la production d'un certificat d'enregistrement au pays d'origine, délivré par l'autorité compétente. Aucune légalisation ne sera requise pour ce certificat.

2) Sera considéré comme pays d'origine le pays de l'Union où le déposant a un établissement industriel ou commercial effectif et sérieux, et, s'il n'a pas un tel établissement dans l'Union, le pays de l'Union où il a son domicile, et, s'il n'a pas de domicile dans l'Union, le pays de sa nationalité, au cas où il est ressortissant d'un pays de l'Union.

B. Les marques de fabrique ou de commerce, visées par le présent article, ne pourront être refusées à l'enregistrement ou invalidées que dans les cas suivants:

- i) lorsqu'elles sont de nature à porter atteinte à des droits acquis par des tiers dans le pays où la protection est réclamée;
  
- ii) lorsqu'elles sont dépourvues de tout caractère distinctif, ou bien composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce,

pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine des produits ou l'époque de production, ou devenus usuels dans le langage courant ou les habitudes loyales et constantes du commerce du pays où la protection est réclamée;

- iii) lorsqu'elles sont contraires à la morale ou à l'ordre public et notamment de nature à tromper le public. Il est entendu qu'une marque ne pourra être considérée comme contraire à l'ordre public pour la seule raison qu'elle n'est pas conforme à quelque disposition de la législation sur les marques, sauf le cas où cette disposition elle-même concerne l'ordre public.

Est toutefois réservée l'application de l'article 10 *bis*.»

Le droit issu de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce

- 5 L'article 2, paragraphe 1, de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après l'«accord ADPIC»), qui constitue l'annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, a été signé à Marrakech le 15 avril 1994 et approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO L 336, p. 1), dispose:

«Pour ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord, les Membres se conformeront aux articles premier à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967).»

*Le droit communautaire*

- 6 Le dernier considérant du préambule de la décision 94/800 est libellé comme suit:

«considérant que, par sa nature, l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et des États membres».

- 7 Le douzième considérant 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), est libellé comme suit:

«considérant que tous les États membres de la Communauté sont liés par la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle; qu'il est nécessaire que les dispositions de la présente directive soient en harmonie complète avec celles de la convention de Paris; que les obligations des États membres découlant de cette convention ne sont pas affectées par la présente directive; que, le cas échéant, l'article 234 deuxième alinéa du traité s'applique».

- 8 L'article 3, paragraphe 1, sous b), de cette directive prévoit:

«Sont [refusées] à l'enregistrement ou susceptibles d'être [déclarées nulles si elles] sont [enregistrées]:

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

- 9 Le cinquième considérant du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO L 11, p. 1), tel que modifié, est libellé comme suit:

«considérant que le droit communautaire des marques ne se substitue toutefois pas aux droits des marques des États membres; que, en effet, il n'apparaît pas justifié d'obliger les entreprises à déposer leurs marques comme marques communautaires, les marques nationales demeurant nécessaires aux entreprises ne désirant pas une protection de leurs marques à l'échelle de la Communauté».

- 10 L'article 7 du règlement n° 40/94, relatif aux motifs absolus de refus, prévoit à son paragraphe 1:

«1. Sont [refusées] à l'enregistrement:

[...]

b) les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif;

[...]

h) les marques qui, à défaut d'autorisation des autorités compétentes, sont à refuser en vertu de l'article 6 *ter* de la convention de Paris;

i) les marques qui comportent des badges, emblèmes ou écussons autres que ceux visés par l'article 6 *ter* de la convention de Paris et présentant un intérêt public particulier, à moins que leur enregistrement ait été autorisé par l'autorité compétente.»

11 Aux termes de l'article 34 de ce règlement, intitulé «Revendication de l'ancienneté de la marque nationale»:

«1. Le titulaire d'une marque antérieure enregistrée dans un État membre, y compris une marque enregistrée sur le territoire du Benelux, ou d'une marque antérieure qui a fait l'objet d'un enregistrement international ayant effet dans un État membre, qui dépose une demande de marque identique destinée à être enregistrée en tant que marque communautaire pour des produits ou services identiques à ceux pour lesquels la marque antérieure a été enregistrée ou contenus dans ceux-ci, peut se prévaloir pour la marque communautaire de l'ancienneté de la marque antérieure en ce qui concerne l'État membre dans lequel ou pour lequel elle a été enregistrée.

2. Le seul effet de l'ancienneté, en vertu du présent règlement, est que, dans le cas où le titulaire de la marque communautaire renonce à la marque antérieure ou la laisse s'éteindre, il est réputé continuer à bénéficier des mêmes droits que ceux qu'il aurait eus si la marque antérieure avait continué à être enregistrée.

3. L'ancienneté revendiquée pour la marque communautaire s'éteint lorsque le titulaire de la marque antérieure dont l'ancienneté a été revendiquée est déclaré déchu de ses droits ou lorsque cette marque est déclarée nulle ou lorsqu'il y est renoncé avant l'enregistrement de la marque communautaire.»

- 12 L'article 35 du règlement n° 40/94, intitulé «Revendication de l'ancienneté après l'enregistrement de la marque communautaire», prévoit:

«1. Le titulaire d'une marque communautaire qui est titulaire d'une marque antérieure identique, enregistrée dans un État membre, y compris une marque enregistrée sur le territoire du Benelux, ou d'une marque identique antérieure qui a fait l'objet d'un enregistrement international ayant effet dans un État membre, pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque antérieure a été enregistrée ou contenus dans ceux-ci, peut se prévaloir de l'ancienneté de la marque antérieure en ce qui concerne l'État membre dans lequel ou pour lequel elle a été enregistrée.

2. L'article 34 paragraphes 2 et 3 est applicable.»

- 13 Selon l'article 73 du règlement n° 40/94, les décisions de l'OHMI sont motivées et ne peuvent être fondées que sur des motifs sur lesquels les parties ont pu prendre position.

- 14 L'article 74 du règlement n° 40/94, intitulé «Examen d'office des faits», est libellé comme suit:

«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.

2. L'Office peut ne pas tenir compte des faits que les parties n'ont pas invoqués ou des preuves qu'elles n'ont pas produites en temps utile.»

15 Conformément à l'article 108 du règlement n° 40/94:

«1. Le demandeur ou le titulaire d'une marque communautaire peut requérir la transformation de sa demande ou de sa marque communautaire en demande de marque nationale:

- a) dans la mesure où la demande de marque communautaire est rejetée, retirée ou réputée retirée;
  
- b) dans la mesure où la marque communautaire cesse de produire ses effets.

2. La transformation n'a pas lieu:

- a) lorsque le titulaire de la marque communautaire a été déchu de ses droits pour défaut d'usage de cette marque, à moins que dans l'État membre pour lequel la transformation a été demandée la marque communautaire n'ait été utilisée dans des conditions qui constituent un usage sérieux au sens de la législation dudit État membre;

b) en vue d'une protection dans un État membre où, selon la décision de l'Office ou de la juridiction nationale, la demande ou la marque communautaire est frappée d'un motif de refus d'enregistrement, de révocation ou de nullité.

3. La demande de marque nationale issue de la transformation d'une demande ou d'une marque communautaire bénéficie, dans l'État membre concerné, de la date de dépôt ou de la date de priorité de cette demande ou de cette marque et, le cas échéant, de l'ancienneté d'une marque de cet État revendiquée conformément à l'article 34 ou à l'article 35.

4. Dans les cas où une demande de marque communautaire est réputée retirée, l'Office adresse au demandeur une communication lui impartissant un délai de trois mois à compter de cette communication pour présenter une requête en transformation.

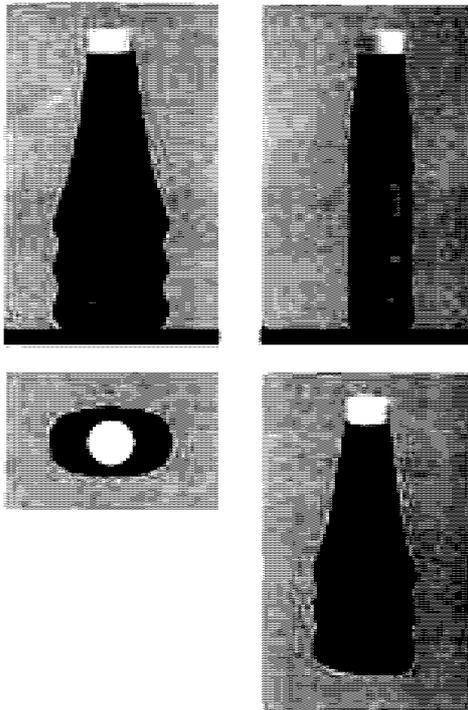
5. Lorsque la demande de marque communautaire est retirée ou que la marque communautaire cesse de produire ses effets du fait de l'inscription d'une renonciation ou du non-renouvellement de l'enregistrement, la requête en transformation est déposée dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de marque communautaire a été retirée ou à laquelle la marque communautaire cesse de produire ses effets.

6. Lorsque la demande de marque communautaire est refusée par une décision de l'Office ou que la marque communautaire cesse de produire ses effets du fait d'une décision de l'Office ou d'un tribunal des marques communautaires, la requête en transformation doit être présentée dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle cette décision est passée en force de chose jugée.

7. La disposition faisant l'objet de l'article 32 cesse de produire ses effets si la requête n'est pas présentée dans le délai imparti.»

### Les antécédents du litige

- 16 Develey a présenté, le 14 février 2002, une demande d'enregistrement de marque communautaire à l'OHMI, en vertu du règlement n° 40/94, revendiquant la priorité d'un dépôt initial en Allemagne à la date du 16 août 2001.
- 17 Cette demande concernait l'enregistrement d'un signe tridimensionnel se présentant sous la forme d'une bouteille et reproduit ci-dessous (ci-après la «marque demandée»):



18 Les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent des classes 29, 30 et 32 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, pour chacune de ces classes, à la description suivante:

- classe 29: «Poivrons, concentré de tomates, lait et produits laitiers, yaourt, crème fraîche, huiles et graisses comestibles»;
  
- classe 30: «Épices; assaisonnements; moutarde, produits à base de moutarde; mayonnaise, produits à base de mayonnaise; vinaigre, produits à base de vinaigre; boissons produites en utilisant du vinaigre; rémoulades; relish; arômes et essences à usage alimentaire; acide citrique, acide malique, acide tartrique servant d'arômes pour la fabrication d'aliments; raifort préparé; ketchup et préparations à base de ketchup, coulis de fruits; sauces à salade, crèmes à salade»;
  
- classe 32: «Boissons de fruits et de jus de fruits; sirop et autres préparations pour faire des boissons».

19 Par décision du 1<sup>er</sup> avril 2003, l'examineur a rejeté la demande d'enregistrement en application de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. L'examineur a conclu que, d'une part, l'OHMI n'était pas lié par les enregistrements antérieurs nationaux et que, d'autre part, la forme de la marque demandée ne présentait aucun élément singulier et facilement identifiable qui lui permettrait d'être distinguée des formes usuelles disponibles sur le marché et lui conférerait une fonction indicatrice de l'origine commerciale.

- 20 Le recours formé par Develey, qui était fondé notamment sur le caractère inhabituel et particulier de la bouteille en question, a été rejeté par la deuxième chambre de recours de l'OHMI par la décision litigieuse. La chambre de recours s'est ralliée à l'argumentation de l'examineur. Elle a ajouté que, s'agissant d'une marque constituée par la forme du conditionnement, il fallait prendre en considération le fait que la perception du public concerné n'était pas nécessairement la même que dans le cas d'une marque verbale, figurative ou tridimensionnelle indépendante de l'aspect du produit qu'elle désigne. En effet, le consommateur final concerné prêterait habituellement davantage attention à l'étiquette apposée sur la bouteille qu'à la seule forme du récipient nu et incolore.
- 21 Selon la chambre de recours, la marque demandée ne présentait aucun trait supplémentaire lui conférant la capacité d'être distinguée nettement des formes courantes disponibles et de rester gravée dans la mémoire du consommateur en tant qu'indication de l'origine. En effet, elle a considéré que la conception particulière invoquée par Develey n'apparaît qu'au terme d'un examen analytique poussé, auquel le consommateur moyen concerné ne se livre pas.
- 22 La chambre de recours a observé que Develey ne pouvait se prévaloir de l'enregistrement de la marque demandée au registre des marques allemand, puisqu'un tel enregistrement national, même s'il peut être pris en considération, n'est cependant pas décisif. En outre, selon elle, les documents d'enregistrement présentés par Develey ne précisaient pas les motifs sur la base desquels l'enregistrement du signe en cause avait été accepté.

### **Le recours devant le Tribunal et l'arrêt attaqué**

- 23 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 1<sup>er</sup> avril 2004, Develey a introduit un recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse. À l'appui de son recours, Develey soulevait quatre moyens. Ces moyens et, partant, le recours ont été rejetés par le Tribunal.

- 24 Selon le premier moyen, la charge de la preuve aurait été méconnue par l'OHMI, ce qui constituerait une violation de l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 ainsi que de l'article 6 quinquies de la convention de Paris. En fait, Develey a soutenu que l'OHMI aurait dû prouver l'absence de caractère distinctif lorsqu'il avait fait observer que la forme en question serait perçue comme celle d'une bouteille courante et non pas comme un indicateur de l'origine commerciale.
- 25 Le Tribunal a précisé que la convention de Paris est inopérante à cet égard, car l'article 6 quinquies de cette convention, qui traite de la protection et de l'enregistrement des marques déposées dans un autre État signataire de la convention de Paris, ne contient pas de stipulations régissant la répartition de la charge de la preuve dans les procédures d'enregistrement de marques communautaires. Le Tribunal a ensuite rappelé que, dans le cadre de l'examen de l'existence de motifs absolus de refus prévus à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, le rôle de l'OHMI est de décider si la demande de marque se heurte à un tel motif et que, en vertu de l'article 74, paragraphe 1, du même règlement, l'OHMI est tenu d'examiner d'office les faits pertinents qui pourraient l'amener à appliquer un motif absolu de refus.
- 26 Le Tribunal a constaté que, lorsque la chambre de recours conclut à l'absence de caractère distinctif intrinsèque d'une marque demandée, elle peut fonder son analyse sur des faits résultant de l'expérience pratique généralement acquise de la commercialisation de produits de large consommation, lesquels faits sont susceptibles d'être connus de toute personne et sont notamment connus des consommateurs de ces produits. Il a souligné que, dans la mesure où la requérante se prévaut du caractère distinctif de la marque demandée, en dépit de l'analyse de la chambre de recours, c'est à elle qu'il appartient de fournir des indications concrètes et étayées établissant que la marque demandée est dotée soit d'un caractère distinctif intrinsèque, soit d'un caractère distinctif acquis par l'usage.
- 27 Le deuxième moyen a été tiré de la méconnaissance de l'article 6 quinquies, point A, paragraphe 1, de la convention de Paris, résultant de ce que l'OHMI aurait privé de

protection l'enregistrement national antérieur. Devey a fait valoir que, en décidant que la marque demandée était dépourvue de caractère distinctif sur le territoire de la Communauté, l'OHMI avait effectivement considéré comme invalide, et donc privée de protection sur le territoire allemand, la marque allemande antérieure protégeant le même signe, enregistrée par le Deutsches Patent- und Markenamt (Office des brevets et des marques allemand).

28 Le Tribunal a indiqué que, à supposer que le respect de l'article 6 quinquies de la convention de Paris s'impose à l'OHMI, le droit des marques communautaire ne se substitue pas, en vertu du cinquième considérant du règlement n° 40/94, aux droits des marques des États membres. Dès lors, la décision litigieuse n'affecte ni la validité ni la protection sur le territoire allemand de l'enregistrement national antérieur. Le Tribunal a ajouté que, en tout état de cause, l'article 6 quinquies, B, sous ii), de cette convention prévoit la possibilité de refuser l'enregistrement dans le cas où la marque demandée est dépourvue de caractère distinctif.

29 Selon le troisième moyen, l'article 73 du règlement n° 40/94, l'article 6 quinquies de la convention de Paris et l'article 2, paragraphe 1, de l'accord ADPIC ont été violés, en raison du fait que l'OHMI n'aurait pas suffisamment examiné l'enregistrement national antérieur. Devey a fait valoir que l'OHMI doit tenir compte des enregistrements nationaux antérieurs et, subsidiairement, qu'il résulte de la concordance de la base juridique constituée par la directive 89/104 et par le règlement n° 40/94 que l'OHMI ainsi que l'administration nationale concernée doivent appliquer les mêmes critères prévus par les deux textes. L'OHMI aurait dû, par conséquent, expliquer pourquoi il applique ces critères différemment de l'administration nationale.

30 Le Tribunal a, tout d'abord, écarté la référence à la convention de Paris et à l'accord ADPIC, au motif que ces derniers ne prévoient pas d'obligation de motivation des décisions et sont dénués de pertinence dans le cadre de ce moyen. Ensuite, il a précisé que les articles 34 et 35 du règlement n° 40/94 ne sauraient avoir pour objet

ou pour effet de garantir au titulaire d'une marque nationale l'enregistrement de celle-ci en tant que marque communautaire, et que le régime communautaire des marques est un système autonome, constitué d'un ensemble de règles et poursuivant des objectifs qui lui sont spécifiques, son application étant indépendante de tout système national. Enfin, le Tribunal a rappelé que la chambre de recours a tenu compte de l'existence de l'enregistrement national et que la décision litigieuse explique de manière claire et univoque les motifs qui ont amené cette chambre à ne pas suivre la décision du Deutsches Patent- und Markenamt.

31 Le quatrième moyen a été tiré d'une violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, résultant de ce que l'OHMI aurait méconnu le caractère distinctif de la marque demandée ainsi que la circonstance que les traits de cette dernière n'ont aucune fonction technique. À cet égard, Develey a fait valoir qu'un minimum de caractère distinctif suffirait pour qu'une marque puisse faire l'objet d'un enregistrement et a ajouté qu'il n'y a pas lieu d'appliquer un critère plus strict pour apprécier le caractère distinctif d'une marque tridimensionnelle. Develey a soutenu que le consommateur s'oriente en fonction de la forme de la bouteille et ne vérifie son choix, à l'aide de l'étiquette, qu'après avoir identifié le produit désiré. Selon Develey, le consommateur moyen serait donc pleinement apte à percevoir la forme de l'emballage des produits concernés comme une indication de l'origine commerciale de ces derniers. À titre subsidiaire, Develey a fait valoir qu'aucun des traits de la marque demandée n'avait de fonction technique.

32 Le Tribunal a rappelé que les critères d'appréciation du caractère distinctif des marques tridimensionnelles constituées par la forme d'un produit ne sont pas différents de ceux applicables aux autres catégories de marques et que le caractère distinctif d'une marque doit être apprécié, d'une part, par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement est demandé et, d'autre part, par rapport à la perception qu'en a le public concerné. En outre, le Tribunal a précisé que, dans le cadre de l'examen du caractère distinctif d'une marque, il y a lieu d'analyser l'impression d'ensemble qu'elle produit.

- 33 Le Tribunal a indiqué que, en l'espèce, les produits visés par la marque demandée sont des produits alimentaires de consommation courante et que, dès lors, le public concerné est constitué par l'ensemble des consommateurs. Selon le Tribunal, il y a donc lieu d'apprécier le caractère distinctif de la marque demandée en tenant compte de l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé ainsi que raisonnablement attentif et avisé.
- 34 S'agissant de la marque demandée, le Tribunal a tout d'abord observé que les consommateurs moyens n'ont pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se fondant sur leur forme ou sur celle de leur emballage, en l'absence de tout élément graphique ou textuel, et que ces consommateurs attribuent, en premier lieu, une simple fonction de conditionnement aux bouteilles dans lesquelles de tels produits sont contenus. Ensuite, après avoir analysé les caractéristiques qui contribuent selon Develey au caractère distinctif de la bouteille, le Tribunal a conclu que lesdites caractéristiques ne créent pas une impression globale remettant en cause la constatation selon laquelle la marque demandée ne divergerait pas de manière significative de la norme ou des habitudes du secteur. Enfin, le Tribunal a ajouté que la prétendue absence de fonction technique des traits de la marque demandée ne saurait influencer sur l'absence de caractère distinctif de celle-ci.

### **Les conclusions des parties**

- 35 Par son pourvoi, Develey demande à la Cour:

- d'annuler l'arrêt attaqué;
  
- d'annuler la décision litigieuse ou, à titre subsidiaire, de renvoyer l'affaire devant le Tribunal, et

— de condamner l'OHMI aux dépens des deux instances.

36 L'OHMI demande à la Cour:

— de rejeter le pourvoi, et

— de condamner Develey aux dépens.

### **Sur le pourvoi**

37 À titre liminaire, il convient d'examiner si les dispositions de l'accord ADPIC et de la convention de Paris sont directement applicables dans le cadre de cette procédure.

38 En ce qui concerne l'accord ADPIC, il convient de rappeler que, selon le dernier considérant du préambule de la décision 94/800, l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires.

39 En outre, la Cour a jugé que les dispositions de cet accord sont dépourvues d'effet direct et ne sont pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci peuvent se prévaloir directement devant le juge en vertu du droit communautaire (voir, en ce sens, arrêts du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96, Rec.

p. I-8395, points 42 à 48; du 14 décembre 2000, Dior e.a., C-300/98 et C-392/98, Rec. p. I-11307 points 44 et 45, ainsi que du 16 novembre 2004, Anheuser-Busch, C-245/02, Rec. p. I-10989, point 54).

- 40 Les dispositions de la convention de Paris ne sauraient non plus être invoquées directement en l'espèce.
- 41 En effet, premièrement, la Communauté n'est pas partie, contrairement par ailleurs à l'accord ADPIC, à la convention de Paris.
- 42 Deuxièmement, lorsqu'il a considéré nécessaire d'attribuer à certaines dispositions de la convention de Paris un effet direct, le législateur communautaire a fait expressément référence à celles-ci dans le règlement n° 40/94, notamment, en ce qui concerne les motifs absolus de refus, à l'article 7, paragraphe 1, sous h) et i), de celui-ci. En revanche, il y a lieu d'observer que ce paragraphe 1 ne fait pas une telle référence en ce qui concerne le caractère distinctif des marques et que le législateur communautaire a prévu une disposition autonome à cet égard à l'article 7, paragraphe 1, sous b), dudit règlement.
- 43 Troisièmement, certes l'effet direct de la convention de Paris pourrait découler du renvoi à celle-ci opéré par l'article 2, paragraphe 1, de l'accord ADPIC, toutefois, en l'absence de l'applicabilité directe de cet accord, ce renvoi ne peut conduire à une telle applicabilité de ladite convention.
- 44 Par conséquent, dans la présente affaire, ni l'accord ADPIC ni la convention de Paris ne sont applicables et la Cour n'examinera les moyens du pourvoi que pour autant qu'ils sont tirés d'une violation du règlement n° 40/94 par le Tribunal.

*Sur le premier moyen, tiré d'une méconnaissance des règles relatives à la charge de la preuve*

Argumentation des parties

- 45 Develey fait valoir que le Tribunal a méconnu l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, relatif à la charge de la preuve. En outre, selon Develey, le Tribunal aurait été tenu d'annuler la décision litigieuse, car lui-même a constaté le caractère distinctif de la marque demandée, en admettant au point 52 de l'arrêt attaqué que cette marque ressort des marques courantes dans le commerce.
- 46 Develey soutient encore que le raisonnement du Tribunal, à propos de l'orientation des consommateurs dans leur choix, serait contraire à la jurisprudence du Tribunal [arrêts du 3 décembre 2003, Nestlé Waters France/OHMI (Forme d'une bouteille), T-305/02, Rec. p. II-5207, point 34, et du 24 novembre 2004, Henkel/OHMI (Forme d'un flacon blanc et transparent), T-393/02, Rec. p. II-4115, point 34]. L'utilisation de la forme comme indicateur de l'origine du produit aurait une certaine importance, car les consommateurs recourent à la sélection préalable sur la base de la forme de l'emballage et n'étudient l'étiquette que par la suite.
- 47 L'OHMI soutient que la procédure d'enregistrement d'une marque est une procédure administrative et qu'il procède, en vertu de l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, à l'examen d'office des faits. La notion de la répartition de la charge de la preuve ne pourrait donc prendre d'importance que si certains faits demeurent improuvables. L'OHMI considère que le Tribunal a retracé correctement les principes relatifs à l'administration et à l'appréciation des preuves qui lui incombe dans une telle procédure. En tout état de cause, selon lui, l'exigence de la motivation de ses décisions ne devrait pas être confondue avec une quelconque obligation de preuve.

## Appréciation de la Cour

- 48 Tout d'abord, ainsi que le Tribunal l'a rappelé aux points 15 et 16 de l'arrêt attaqué, dans le cadre de l'examen de l'existence de motifs absolus de refus prévus à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, le rôle de l'OHMI est de décider si la demande d'enregistrement de marque se heurte à de tels motifs.
- 49 Il convient d'ajouter, ensuite, que, en vertu de l'article 74, paragraphe 1, du même règlement, l'OHMI est tenu d'examiner d'office les faits pertinents qui pourraient l'amener à appliquer un motif absolu de refus.
- 50 Enfin, il y a lieu de relever, ainsi qu'il a été rappelé à juste titre au point 21 de l'arrêt attaqué, que, dans la mesure où une requérante se prévaut du caractère distinctif d'une marque demandée, en dépit de l'analyse de l'OHMI, c'est à elle qu'il appartient de fournir des indications concrètes et étayées établissant que la marque demandée est dotée soit d'un caractère distinctif intrinsèque, soit d'un caractère distinctif acquis par l'usage.
- 51 Dès lors, il convient de constater que le Tribunal n'a pas méconnu les règles régissant la charge de la preuve.
- 52 Quant aux griefs relatifs à la prétendue appréciation erronée du caractère distinctif de la marque demandée, il y a lieu de les examiner dans le cadre du cinquième moyen.

53 Dans ces conditions, le premier moyen doit être considéré comme non fondé.

*Sur le deuxième moyen, tiré de l'illégalité de la confirmation de l'invalidation d'un enregistrement national antérieur*

#### Argumentation des parties

54 Develey soutient que, par la décision litigieuse, l'OHMI a constaté l'absence de caractère distinctif de la marque demandée également en Allemagne. En confirmant cette décision, le Tribunal aurait invalidé, conformément à l'article 108 du règlement n° 40/94, une marque identique ayant donné lieu à un enregistrement antérieur national.

55 Selon l'OHMI, le Tribunal a jugé à bon droit que la décision litigieuse n'affecte ni la validité ni la protection de l'enregistrement national antérieur sur le territoire allemand. L'OHMI rappelle que les autorités nationales examinent toujours indépendamment de ses décisions et selon le droit national des marques si les marques nationales et celles dont l'enregistrement est demandé sont susceptibles d'être protégées.

#### Appréciation de la Cour

56 Ainsi que le Tribunal l'a rappelé à juste titre au point 25 de l'arrêt attaqué, la décision litigieuse, par laquelle l'enregistrement de la marque demandée comme marque communautaire a été rejeté, n'affecte ni la validité ni la protection sur le territoire allemand de l'enregistrement national antérieur.

- 57 En effet, aux termes du cinquième considérant du règlement n° 40/94, auquel le Tribunal a fait référence à bon droit à ce même point de l'arrêt attaqué, le droit des marques communautaire ne se substitue pas aux droits des marques des États membres.
- 58 Il est dès lors possible non seulement que, en raison des différences linguistiques, culturelles, sociales et économiques, une marque qui est dépourvue de caractère distinctif dans un État membre ne le soit pas dans un autre État membre (voir, en ce sens, arrêt du 9 mars 2006, *Matratzen Concord*, C-421/04, Rec. p. I-2303, point 25, et, par analogie, s'agissant du caractère trompeur d'une marque, arrêt du 26 novembre 1996, *Graffione*, C-313/94, Rec. p. I-6039, point 22), mais également qu'une marque étant dépourvue d'un tel caractère à l'échelle de la Communauté ne le soit pas dans un État membre de celle-ci.
- 59 Il convient d'ajouter que, contrairement à ce qui est soutenu par Develey, les dispositions de l'article 108 du règlement n° 40/94 n'infirmement nullement cette constatation.
- 60 Il y a lieu par conséquent de considérer ce moyen comme non fondé.

*Sur les troisième et quatrième moyens tirés, d'une part, d'une dénaturation des faits ainsi que d'une violation de l'obligation de motivation concernant l'enregistrement national antérieur et, d'autre part, des exigences identiques relatives au caractère distinctif qui lie l'examineur national et l'OHMI*

#### Argumentation des parties

- 61 Dans le cadre de ces moyens, Develey reproche au Tribunal de s'être appuyé sur une constatation de fait erronée et d'avoir ignoré une partie de son argumentation.

Develey dit avoir présenté le certificat d'enregistrement émis par le Deutsches Patent- und Markenamt, dont il ressort que la marque demandée a été enregistrée sur la base d'un caractère distinctif intrinsèque, et non acquis par l'usage.

62 Develey soutient que l'arrêt attaqué souffre d'un défaut de motivation à l'égard de l'examen de l'enregistrement national antérieur. En outre, étant donné que le droit des marques est harmonisé, l'OHMI et l'examineur national devraient poser les mêmes exigences quant au caractère distinctif.

63 En ce qui concerne la constatation des faits, l'OHMI soutient que, lors de la procédure devant lui, ce sont les explications des représentants de Develey qui étaient peu informatives et se limitaient aux allégations invérifiables relatives à l'enregistrement allemand. Étant donné que les motifs précis qui ont amené à admettre cet enregistrement sont restés inconnus par la chambre de recours de l'OHMI, le Tribunal ne pourrait pas se voir imputer d'avoir dénaturé les faits à cet égard.

64 Quant au défaut de motivation, l'OHMI rappelle que son obligation de motiver les décisions individuelles a pour double objectif de permettre, d'une part, aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de défendre leurs droits et, d'autre part, au juge communautaire d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision. L'OHMI estime que le fait que Develey n'approuve pas la motivation de la chambre de recours et la confirmation de celle-ci par le Tribunal ne suffit pas à soutenir un défaut de motivation de l'arrêt attaqué. Selon l'OHMI, le Tribunal a jugé à bon droit que la motivation de la décision litigieuse était suffisante, par conséquent cet arrêt ne pourrait être nullement mis en cause au regard de l'article 73 du règlement n° 40/94.

## Appréciation de la Cour

- 65 En ce qui concerne la décision du Deutsches Patent- und Markenamt invoquée par Develey, il suffit de rappeler, ainsi que l'a fait le Tribunal au point 32 de l'arrêt attaqué, que le régime communautaire des marques est un système autonome, constitué d'un ensemble de règles et poursuivant des objectifs qui lui sont spécifiques, son application étant indépendante de tout système national.
- 66 Par conséquent, la marque demandée ne doit être appréciée que sur le fondement de la réglementation communautaire pertinente et la décision nationale ne saurait en toute hypothèse remettre en cause ni la légalité de la décision litigieuse ni celle de l'arrêt attaqué.
- 67 Dès lors, ce grief doit être considéré comme inopérant.
- 68 Quant à l'allégation d'une constatation incorrecte des faits et d'une insuffisance de motivation de l'arrêt attaqué, il y a lieu de constater que le Tribunal cite, au point 34 de cet arrêt, le point 55 de la décision litigieuse, selon lequel l'enregistrement de la marque demandée dans le registre allemand des marques n'a aucune force contraignante pour le régime communautaire des marques et que les enregistrements existant dans les États membres constituent un fait qui peut seulement être pris en considération dans le contexte de l'enregistrement d'une marque communautaire, sans être décisif.
- 69 Il s'ensuit que le Tribunal n'a pas constaté les faits d'une manière erronée concernant l'enregistrement national antérieur et qu'il ne saurait être soutenu que l'arrêt attaqué souffrirait d'un défaut de motivation à l'égard de celui-ci.

- 70 Par conséquent, ce grief doit être écarté.
- 71 S'agissant, enfin, du grief selon lequel, le droit des marques étant harmonisé, l'OHMI aurait dû appliquer les mêmes exigences relatives au caractère distinctif que l'examineur national, force est de constater que ce grief ne saurait être retenu, étant donné, d'une part, que le régime communautaire des marques est un système autonome et, d'autre part, qu'il est possible qu'une marque dépourvue de caractère distinctif dans un État membre ou dans le système communautaire ne le soit pas dans un autre État membre.
- 72 De plus, ainsi qu'il a déjà été rappelé concernant les griefs précédents, les enregistrements existant dans les États membres ne constituent qu'un fait qui peut être pris en considération dans le contexte de l'enregistrement d'une marque communautaire et la marque demandée doit être appréciée sur le fondement de la réglementation communautaire pertinente.
- 73 Il s'ensuit que l'OHMI n'est ni tenu de faire siennes les exigences et l'appréciation de l'autorité compétente en matière de marques du pays d'origine, ni obligé d'enregistrer la marque demandée sur la base de la considération de cette autorité nationale selon laquelle le signe est simplement suggestif et non directement descriptif.
- 74 Dès lors, ce grief n'est pas fondé.
- 75 Dans ces conditions, il convient de rejeter ce moyen.

*Sur le cinquième moyen, tiré d'une violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94*

### Argumentation des parties

- 76 Par ce moyen, Develey soutient, d'une part, que le Tribunal n'a pas établi correctement quelle était l'impression d'ensemble produite par la marque demandée. Il aurait omis d'examiner l'une des caractéristiques de cette marque, à savoir que le corps de la bouteille, aplati et large, qui caractérise la majeure partie des vues de face et de dos, est bombé de manière convexe et se termine vers le haut en un arc en angle légèrement pointu et que l'impression ainsi suscitée est celle d'un portail. Or, cette caractéristique contribuerait considérablement à l'impression d'ensemble, du fait qu'elle confère au corps de la bouteille l'apparence d'un portail. Develey estime qu'une appréciation globale, tenant compte de cette caractéristique, aurait dû conduire à constater l'existence d'un caractère distinctif de la marque demandée.
- 77 Develey allègue, d'autre part, que le Tribunal, lorsqu'il a apprécié le caractère distinctif de la marque demandée au regard des produits visés, n'a pas opéré une distinction entre les différentes catégories, telles que celles des produits alimentaires et d'assaisonnement très liquides, liquides, plus épais, solides et en poudre. Le Tribunal aurait donc mis à tort l'ensemble des produits visés par la demande d'enregistrement dans un même panier.
- 78 Selon l'OHMI, ce moyen contenant exclusivement des griefs concernant la constatation des faits par le Tribunal, il convient de le rejeter.

## Appréciation de la Cour

- 79 Il résulte d'une jurisprudence constante que le caractère distinctif d'une marque au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 signifie que cette marque permet d'identifier le produit pour lequel l'enregistrement est demandé comme provenant d'une entreprise déterminée et donc de distinguer ce produit de ceux d'autres entreprises (arrêts du 29 avril 2004, *Procter & Gamble/OHMI*, C-473/01 P et C-474/01 P, Rec. p. I-5173, point 32, ainsi que du 21 octobre 2004, *OHMI/Erpo Möbelwerk*, C-64/02 P, Rec. p. I-10031, point 42). Ce caractère distinctif doit être apprécié, d'une part, par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement est demandé et, d'autre part, par rapport à la perception qu'en a le public pertinent (arrêts *Procter & Gamble/OHMI*, précité, point 33, et du 22 juin 2006, *Storck/OHMI*, C-24/05 P, Rec. p. I-5677, point 23).
- 80 Selon une jurisprudence également constante, les critères d'appréciation du caractère distinctif des marques tridimensionnelles constituées par l'apparence du produit lui-même ne sont pas différents de ceux applicables aux autres catégories de marques. Toutefois, il convient de tenir compte, dans le cadre de l'application de ces critères, du fait que la perception du consommateur moyen n'est pas nécessairement la même dans le cas d'une marque tridimensionnelle, constituée par l'apparence du produit lui-même, que dans le cas d'une marque verbale ou figurative, qui consiste en un signe indépendant de l'aspect des produits qu'elle désigne. En effet, les consommateurs moyens n'ont pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se fondant sur leur forme ou celle de leur emballage, en l'absence de tout élément graphique ou textuel, et il pourrait donc s'avérer plus difficile d'établir le caractère distinctif d'une telle marque tridimensionnelle que celui d'une marque verbale ou figurative (arrêts du 7 octobre 2004, *Mag Instrument/OHMI*, C-136/02 P, Rec. p. I-9165, point 30, ainsi que *Storck/OHMI*, précité, points 24 et 25).
- 81 Dans ces conditions, 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 l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 (arrêts du 12 janvier 2006, *Deutsche SiSi-Werke/OHMI*, C-173/04 P, Rec. p. I-551, point 31, et *Storck/OHMI*, précité, point 26).

- 82 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. Cela ne saurait toutefois impliquer qu'il n'y aurait pas lieu de procéder, dans un premier temps, à un examen successif des différents éléments de présentation utilisés pour cette marque. En effet, il peut être utile, au cours de l'appréciation globale, d'examiner chacun des éléments constitutifs de la marque concernée (voir, en ce sens, arrêt du 30 juin 2005, *Eurocermex/OHMI*, C-286/04 P, Rec. p. I-5797, points 22 et 23 ainsi que jurisprudence citée).
- 83 Il ressort de l'arrêt attaqué que le Tribunal a correctement identifié et appliqué au cas d'espèce les critères déterminés par la jurisprudence.
- 84 C'est à bon droit que le Tribunal a procédé, aux points 50 à 53 de l'arrêt attaqué, à un examen des différents éléments composant la forme représentée par la marque demandée et, ensuite, aux points 53 et 54 de cet arrêt, à une analyse de son impression d'ensemble, afin d'apprécier si cette marque est dépourvue ou non de caractère distinctif.
- 85 À cet égard, il y a lieu de relever, d'une part, que lors de l'examen des différents éléments de présentation utilisés pour une marque demandée, l'intéressé ne saurait exiger qu'il puisse déterminer l'ordre de cet examen, le degré de décomposition de ces éléments ou les termes utilisés.

- 86 Ainsi, en l'espèce, du fait que quelques termes précis n'apparaissent pas dans l'analyse du Tribunal, comme «le corps bombé de manière convexe» ou «l'impression d'un portail», il n'en découle pas pour autant que certaines caractéristiques contribuant selon Develey au caractère distinctif n'ont pas été dûment prises en compte.
- 87 D'autre part, étant donné qu'il convient de prendre en considération l'impression d'ensemble produite par la marque demandée lors de l'appréciation si elle dispose d'un caractère distinctif, la confirmation de l'existence d'un tel caractère ne découle pas automatiquement d'une éventuelle observation selon laquelle une des caractéristiques de cette marque éloigne celle-ci de la forme habituelle.
- 88 Dès lors, Develey ne saurait soutenir que le Tribunal aurait dû annuler la décision litigieuse, en raison de la circonstance qu'il a admis, au point 52 de l'arrêt attaqué, que la «seule caractéristique qui éloigne la marque demandée de la forme habituelle est constituée par les creux latéraux».
- 89 De plus, le Tribunal a précisé, au point 53 de l'arrêt attaqué, que «même si ce trait pouvait être considéré comme inhabituel, il ne suffirait pas à lui seul à influencer l'impression d'ensemble produite par la marque demandée dans une mesure telle que cette dernière divergerait de manière significative de la norme ou des habitudes du secteur et, de ce fait, serait susceptible de remplir sa fonction essentielle d'origine».
- 90 Par conséquent, il ne saurait être soutenu que le Tribunal n'a pas apprécié correctement l'impression d'ensemble produite par la marque demandée.

- 91 S'agissant du grief selon lequel aucune distinction entre les différentes catégories de produits visés n'a été faite, il convient de rappeler que la Cour a jugé que, aux termes de la directive 89/104, lorsqu'une autorité compétente refuse l'enregistrement d'une marque, elle est tenue d'indiquer dans sa décision la conclusion à laquelle elle aboutit pour chacun des produits et des services visés dans la demande d'enregistrement. Toutefois, lorsque le même motif de refus est opposé pour une catégorie ou un groupe de produits ou de services, l'autorité compétente peut se limiter à une motivation globale pour tous les produits ou services concernés (arrêt du 15 février 2007, BVBA Management, Training en Consultancy, C-239/05, Rec. p. I-1455, point 38).
- 92 Or, à supposer que cette jurisprudence lierait le Tribunal, il y a lieu d'observer que celui-ci a constaté, aux points 46 et 47 de l'arrêt attaqué, que les produits visés par la marque demandée sont des produits alimentaires de consommation courante et que les consommateurs attribuent, en premier lieu, une simple fonction de conditionnement aux bouteilles dans lesquelles de tels produits sont contenus. En outre, ainsi qu'il ressort du point 18 du présent arrêt, les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé ne relèvent que de trois classes de produits de l'arrangement de Nice.
- 93 Il s'ensuit qu'il ne saurait être soutenu que le Tribunal s'est limité erronément à une motivation globale pour lesdits produits.
- 94 Dans ces conditions, il convient de constater que le Tribunal, en jugeant que la marque demandée était dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, n'a commis aucune erreur de droit au regard de cette disposition et de la jurisprudence pertinente de la Cour.
- 95 Quant au grief concernant les constatations du Tribunal relatives aux caractéristiques du public pertinent, à l'attitude des consommateurs et à l'orientation de ces

derniers, il convient de noter, d'une part, que ces constatations relèvent du domaine des appréciations de nature factuelle et, d'autre part, que Develey ne reproche pas au Tribunal d'avoir dénaturé les faits à cet égard.

96 L'établissement de l'existence ou de l'absence d'une divergence significative, au sens du point 81 du présent arrêt, relève également d'une appréciation de fait.

97 Or, conformément aux 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, d'une part, pour constater les faits, sauf dans les cas où l'inexactitude matérielle de ses constatations résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises, et, d'autre part, pour apprécier ces faits. L'appréciation des faits ne constitue donc pas, sous réserve du cas de la dénaturation des éléments qui lui ont été présentés, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi (arrêts du 19 septembre 2002, DKV/OHMI, C-104/00 P, Rec. p. I-7561, point 22, ainsi que du 29 avril 2004, Henkel/OHMI, C-456/01 P et C-457/01 P, Rec. p. I-5089, point 41).

98 Dès lors, ce grief est irrecevable.

99 Par conséquent, le cinquième moyen, étant en partie non fondé et en partie irrecevable, ne saurait être accueilli.

100 Étant donné que tous les moyens soulevés par Develey ont été écartés, il convient de rejeter le pourvoi dans son ensemble.

## **Sur les dépens**

- <sup>101</sup> 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 Develey et celle-ci ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

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

- 1) Le pourvoi est rejeté.**
  
- 2) Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG est condamnée aux dépens.**

Signatures