

ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

20 octobre 2011 *

Dans les affaires jointes C-344/10 P et C-345/10 P,

ayant pour objet des pourvois au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, introduits le 7 juillet 2010,

Freixenet SA, établie à Sant Sadurní d'Anoia (Espagne), représentée par M^{es} F. de Visscher, E. Cornu et D. Moreau, avocats,

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. A. Folliard-Monguiral, en qualité d'agent,

partie défenderesse en première instance,

* Langue de procédure: le français.

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président de chambre, M. J. Malenovský, M^{me} R. Silva de Lapuerta, MM. G. Arestis (rapporteur) et T. von Danwitz, juges,

avocat général: M^{me} E. Sharpston,
greffier: M. K. Malacek, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 18 mai 2011,

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

rend le présent

Arrêt

- 1 Par ses pourvois, Freixenet SA (ci-après «Freixenet») demande l'annulation des arrêts du Tribunal de l'Union européenne du 27 avril 2010, Freixenet/OHMI (Bouteille émerisée blanche) (T-109/08, ci-après l'«arrêt T-109/08»), et Freixenet/OHMI (Bouteille émerisée noire mate) (T-110/08, ci-après l'«arrêt T-110/08») (ci-après, ensemble, les «arrêts attaqués»), par lesquels le Tribunal a rejeté ses recours formés contre, respectivement, les décisions de la première chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), du 30 octobre

2007 (affaire R 97/2001-1) et du 20 novembre 2007 (affaire R 104/2001-1), concernant des demandes d'enregistrement des signes représentant une bouteille émerisée blanche ainsi qu'une bouteille émerisée noir mat comme marques communautaires (ci-après les «décisions litigieuses»).

Le cadre juridique

- 2 Le règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1), a été abrogé par le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (JO L 78, p. 1), entré en vigueur le 13 avril 2009. Néanmoins, compte tenu de la date des faits, les présents litiges demeurent régis par le règlement n° 40/94.

- 3 Conformément à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif sont refusées à l'enregistrement.

- 4 En vertu de l'article 7, paragraphe 3, de ce règlement, le motif absolu de refus visé à l'article 7, paragraphe 1, sous b), dudit règlement ne s'oppose pas à l'enregistrement d'une marque si celle-ci, pour les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé, a acquis un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait.

- 5 L'article 38, paragraphe 3, du même règlement prévoit que la demande ne peut être rejetée qu'après que le demandeur a été mis en mesure de retirer ou de modifier sa demande ou de présenter ses observations.

6 L'article 73 du règlement n° 40/94 dispose:

«Les décisions de l'[OHMI] sont motivées. Elles ne peuvent être fondées que sur des motifs sur lesquels les parties ont pu prendre position.»

Les faits à l'origine des litiges

- 7 Le 1^{er} avril 1996, Freixenet a présenté à l'OHMI deux demandes d'enregistrement de marques communautaires concernant les représentations litigieuses. Dans ces demandes, Freixenet indiquait que les marques dont l'enregistrement était demandé relevaient de la catégorie «autre» et consistaient en la forme de présentation d'un produit. Dans la demande ayant donné lieu à l'arrêt T-109/08, Freixenet revendiquait la couleur «doré mat» et décrivait la marque comme une «bouteille émerisée blanche qui, lorsqu'elle est remplie de vin, prend une apparence doré mat comme si elle était givrée». Dans la demande ayant donné lieu à l'arrêt T-110/08, Freixenet revendiquait la couleur «noir mat» et décrivait la marque comme une «bouteille émerisée noir mat». Était, en outre, annexée auxdites demandes une déclaration dans laquelle Freixenet affirmait que «la marque ne vis[ait] pas à obtenir la protection privée et exclusive de la forme de la bouteille, mais bien de l'aspect spécifique de sa surface».
- 8 Les produits pour lesquels les enregistrements ont été demandés relèvent de la classe 33 au sens de l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que révisé et modifié, et correspondent à la description suivante, à savoir «Vins mousseux».

- 9 Par des décisions du 29 novembre 2000, l'examineur de l'OHMI a rejeté les demandes d'enregistrement de marques présentées au motif que les marques concernées étaient dépourvues de caractère distinctif et que les preuves rapportées par Freixenet ne permettaient pas de conclure à l'existence d'un caractère distinctif desdites marques acquis par l'usage, au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94.

- 10 Par des décisions du 11 février 2004, rendues dans les affaires R 97/2001-4 et R 104/2001-4, la quatrième chambre de recours de l'OHMI a rejeté les recours formés par Freixenet contre les décisions dudit examineur.

- 11 Par des arrêts du 4 octobre 2006, Freixenet/OHMI (Forme d'une bouteille émerisée blanche) (T-190/04), et Freixenet/OHMI (Forme d'une bouteille émerisée noire mate) (T-188/04), le Tribunal a annulé ces décisions en jugeant que cette chambre de recours avait violé l'article 73 du règlement n° 40/94 et le principe du respect des droits de la défense.

- 12 Par des décisions du 12 décembre 2006, le présidium des chambres de recours de l'OHMI a renvoyé ces affaires à la première chambre de recours.

- 13 Par des lettres du 18 juin 2007, en considération du fait que le Tribunal avait reproché à la quatrième chambre de recours de l'OHMI d'avoir fondé ses décisions sur des preuves qui n'avaient pas été préalablement portées à la connaissance de Freixenet, la première chambre de recours de l'OHMI a transmis à cette dernière les illustrations des bouteilles qui étaient citées dans les décisions de la quatrième chambre de recours annulées par le Tribunal ainsi que les adresses des liens Internet cités dans les décisions de l'examineur du 29 novembre 2000.

- 14 Par des lettres du 9 août 2007, Freixenet a présenté ses observations sur les informations susmentionnées.
- 15 Par les décisions litigieuses, la première chambre de recours de l’OHMI a rejeté les recours dont elle était saisie.

Les procédures devant le Tribunal et les arrêts attaqués

- 16 Par des requêtes déposées au greffe du Tribunal le 28 février 2008, Freixenet a introduit deux recours invitant ce dernier à annuler les décisions litigieuses et à décider que les demandes d’enregistrement de marques communautaires relatives aux représentations litigieuses satisfaisaient aux conditions prévues pour être publiées conformément à l’article 40 du règlement n° 40/94.
- 17 À l’appui de ces recours, Freixenet a invoqué trois moyens, tirés de la violation, respectivement, de l’article 73 du règlement n° 40/94, de l’article 7, paragraphe 1, sous b), de ce règlement et de l’article 7, paragraphe 3, dudit règlement.
- 18 Par les arrêts attaqués, le Tribunal a écarté ces trois moyens et a rejeté lesdits recours dans leur ensemble.
- 19 En particulier, s’agissant de la première branche du premier moyen, tirée de la violation de l’obligation de motivation visée à l’article 73, première phrase, du règlement

n° 40/94, le Tribunal a jugé, aux points 20 des arrêts attaqués, que la chambre de recours n'avait pas à fournir des références précises à des éléments du dossier lorsqu'elle se référait de manière expresse à l'expérience pratique généralement acquise de la commercialisation de produits de large consommation pour conclure que les marques dont l'enregistrement était demandé étaient dépourvues de caractère distinctif au regard de l'article 7, paragraphe 1, sous b), de ce règlement. Partant, le Tribunal a rejeté, aux points 21 de ces arrêts, cette première branche.

20 Dans le cadre de ladite même branche, le Tribunal a également relevé, aux points 22 des arrêts attaqués, que la chambre de recours avait étayé sa thèse selon laquelle l'expérience quotidienne confirmait l'idée que la véritable marque du vin mousseux est représentée par l'étiquette en ayant relevé que «[l]es illustrations citées dans la décision de la quatrième chambre de recours, envoyées à [Freixenet], et celles que [Freixenet] a[vait] elle-même pu trouver au cours de ses recherches, en constitu[ai]ent la meilleure preuve». Le Tribunal a jugé, aux points 23 de ces arrêts, que toutes ces illustrations confirmaient bien l'idée selon laquelle la véritable marque du vin mousseux est représentée par l'étiquette et non par la forme de son conditionnement, ce qui constituait la motivation avancée par la chambre de recours pour fonder les décisions litigieuses.

21 En ce qui concerne la seconde branche du premier moyen, tirée de la violation du droit d'être entendu visé à l'article 73, seconde phrase, du règlement n° 40/94, le Tribunal a relevé, aux points 44 des arrêts attaqués, que, selon la première chambre de recours de l'OHMI, l'élément essentiel permettant d'identifier l'origine du produit pour le consommateur concerné est l'étiquette apposée sur la bouteille de vin mousseux plutôt que la forme de la bouteille ou son aspect extérieur. Le Tribunal a précisé, aux points 45 de ces arrêts, que cette appréciation représentait la position finale adoptée par l'OHMI et qu'elle n'avait donc pas en principe à être soumise pour observations à Freixenet. Selon le Tribunal, ladite appréciation ne reposait pas sur des éléments de fait recueillis d'office par la chambre de recours, mais s'insérait dans le prolongement de l'argumentation évoquée par l'examineur le 19 novembre 1998, indiquant à Freixenet que la marque dont l'enregistrement était demandé revêtait l'aspect habituel d'une bouteille de vin mousseux et était de ce fait dépourvue de tout caractère distinctif en application de l'article 7, paragraphe 1, sous b), de ce règlement.

- 22 Dans le cadre de cette seconde branche du premier moyen, le Tribunal a également relevé, aux points 46 desdits arrêts, que les déductions faites de l'expérience pratique, à savoir l'importance de l'étiquette apposée sur un vin mousseux en tant qu'élément permettant d'établir l'origine du produit pour le consommateur concerné et la variété des présentations, pouvaient être présumées connues de tous et, notamment, de Freixenet. Selon le Tribunal, ces déductions appartenaient à la catégorie des faits notoires, dont l'exactitude n'avait pas à être établie par l'OHMI. Le Tribunal a, en outre, relevé que cette argumentation développée à titre principal par la chambre de recours dans les décisions litigieuses s'inscrivait dans le contexte des discussions intervenues entre Freixenet et l'OHMI en ce qui concerne les éléments à prendre en considération pour établir le caractère distinctif des marques dont l'enregistrement était demandé.
- 23 Aux points 47 des arrêts attaqués, le Tribunal a indiqué que l'idée selon laquelle l'étiquette constitue l'élément de référence pour le consommateur de vin mousseux, lequel ne se fonde pas sur les autres éléments, tels la couleur du verre de la bouteille ou l'aspect de sa surface, constitue l'élément central du raisonnement de l'OHMI et n'est qu'une constatation résultant de l'expérience pratique. Considérant que cette idée ne pouvait être ignorée de Freixenet, le Tribunal a jugé que cette dernière était donc parfaitement en mesure de réfuter l'idée retenue par l'examinateur, puis par la première chambre de recours de l'OHMI, pour établir l'absence de caractère distinctif des marques dont l'enregistrement était demandé et pouvait ainsi faire valoir que c'était non pas l'étiquette mais le conditionnement du vin mousseux qui était habituellement pris en considération par le consommateur concerné dans le choix de ce produit.
- 24 Par ailleurs, constatant que Freixenet avait bien eu l'occasion de faire valoir ses observations sur les illustrations des bouteilles citées dans les décisions de la quatrième chambre de recours de l'OHMI, le Tribunal a jugé, aux points 48 de ces arrêts, qu'elle n'était donc pas fondée à invoquer, à cet égard, la violation de l'article 73, seconde phrase, du règlement n° 40/94.

- 25 Le Tribunal a conclu, aux points 49 des arrêts attaqués, que Freixenet avait été entendue conformément à l'article 73, seconde phrase, du règlement n° 40/94, dans la mesure où elle avait pu prendre position sur les raisons pour lesquelles l'OHMI envisageait de rejeter les demandes d'enregistrement des marques en ce qu'elles ne présentaient pas le caractère distinctif requis à cet égard. Le Tribunal a, ensuite, jugé, aux points 50 de ces arrêts, que c'était donc à tort que Freixenet soutenait que la chambre de recours avait méconnu cette disposition en ne l'invitant pas à présenter ses observations sur des faits notoires qu'elle ne pouvait ignorer et qui constituaient la position finale de l'OHMI ou sur lesdites illustrations des bouteilles. Partant, le Tribunal a rejeté la seconde branche du premier moyen.
- 26 En ce qui concerne le deuxième moyen, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, le Tribunal a notamment relevé, aux points 75 et 74 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, que, s'agissant de l'appréciation proprement dite du caractère distinctif des marques dont l'enregistrement était demandé, la chambre de recours de l'OHMI avait estimé que la couleur et le matage du verre de la bouteille ne pouvaient pas «fonctionner comme marque» pour le vin mousseux. En outre, le Tribunal a indiqué, aux points 76 et 75 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, que, dans ce contexte, Freixenet invoquait le caractère original de ces marques à la date du 1^{er} avril 1996, lequel n'était pas contesté en tant que tel par ladite chambre de recours dans les décisions litigieuses. Selon le Tribunal, une telle originalité ne suffirait toutefois pas pour établir le caractère distinctif desdites marques en ce qui concerne les produits concernés et le public pertinent.
- 27 Aux points 79 et 78 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, le Tribunal a jugé que les deux appréciations factuelles de la chambre de recours de l'OHMI, non contestées en tant que telles par Freixenet et tirées, d'une part, du fait qu'aucune bouteille n'était vendue sans étiquette ni mention équivalente et, d'autre part, du fait que Freixenet elle-même utilisait la marque FREIXENET sur les bouteilles dont elle demandait l'enregistrement en tant que marques, permettaient de confirmer l'idée tirée de l'expérience pratique, selon laquelle la couleur et le matage du verre de la

bouteille ne pouvaient pas «fonctionner comme marque» pour le vin mousseux en ce qui concerne le public pertinent.

- 28 Dans le cadre de ce deuxième moyen, le Tribunal a, par ailleurs, rappelé, aux points 81 et 80 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, que l'aspect original des marques dont l'enregistrement était demandé n'était pas contesté. Ce qui était contesté tiendrait au fait que la grande majorité des consommateurs ne perçoivent pas l'aspect des bouteilles comme un élément utile pour déterminer l'origine du vin mousseux concerné, mais préfèrent se référer à l'étiquette.
- 29 En outre, aux points 82 et 81 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, le Tribunal a jugé que, en ce qui concerne l'argument pris du fait qu'aucune des illustrations de bouteilles de vins mousseux évoquées dans les décisions litigieuses ne renverrait à une bouteille commercialisée à l'époque où l'enregistrement des marques a été demandé, il suffisait de relever que cet argument était inopérant dès lors que la chambre de recours de l'OHMI avait souligné à juste titre, dans ces décisions, qu'«il n'exist[ait] aucun antécédent d'entreprises vinicoles ayant offert du vin au public dans des bouteilles sans inscriptions, en faisant uniquement ou principalement confiance à l'aspect formel de la bouteille en tant qu'indicateur de l'origine industrielle ou commerciale du produit». Le Tribunal a conclu que, en tout état de cause, à supposer même que Freixenet ait été la première à utiliser le conditionnement pour lequel l'enregistrement des marques a été demandé, il n'en demeurerait pas moins que l'originalité de ce conditionnement ne suffirait pas, puisque le consommateur tenait compte, et ce quelle que soit l'époque, d'un autre élément pour se décider lors de l'achat, compte tenu notamment de la grande variété de présentations proposée dans les magasins.
- 30 En conséquence, aux points 85 et 84 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, le Tribunal a jugé que c'était à bon droit que la chambre de recours avait considéré que les marques dont l'enregistrement était demandé étaient dépourvues de caractère distinctif et, partant, il a rejeté le deuxième moyen.

- 31 S'agissant du troisième moyen, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, le Tribunal a notamment relevé, aux points 113 et 108 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, qu'il ne pouvait être contesté que neuf des quinze États membres qui composaient la Communauté européenne au moment du dépôt des demandes d'enregistrement n'étaient pas couverts par les études de marché présentées par Freixenet.
- 32 Le Tribunal a, en outre, précisé, aux points 122 et 118 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, que les marques dont l'enregistrement était demandé étant constituées par la présentation d'un produit, il n'existait pas d'obstacle linguistique à leur enregistrement et que c'était donc, en principe, dans toute la partie de la Communauté où le caractère distinctif intrinsèque faisait défaut qu'il convenait d'établir l'acquisition du caractère distinctif par l'usage pour que ces marques puissent être enregistrables en vertu de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94.
- 33 Le Tribunal a conclu, aux points 123 et 119 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, que, en l'absence de preuves suffisamment probantes pour quatorze des quinze États membres concernés, l'acquisition du caractère distinctif par l'usage en Espagne ne pouvait donc être considérée comme suffisante pour l'obtention de l'enregistrement d'une marque communautaire, laquelle avait un caractère unitaire et produisait ses effets dans l'ensemble de la Communauté. Le Tribunal a également considéré que Freixenet ne pouvait se prévaloir à cet effet et par analogie de l'arrêt du 6 octobre 2009, PAGO International (C-301/07, Rec. p. I-9429), qui concerne une demande de décision préjudicielle portant sur l'article 9, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 40/94 et la question de la protection conférée au titre de la renommée à une marque communautaire déjà enregistrée. En conséquence, le Tribunal a jugé que c'était à juste titre que la chambre de recours de l'OHMI avait considéré que les preuves fournies par Freixenet étaient insuffisantes pour démontrer le caractère distinctif acquis par l'usage des signes dont l'enregistrement était demandé et, partant, a rejeté le troisième moyen.

Les conclusions des parties et la procédure devant la Cour

34 Freixenet conclut à ce que la Cour:

- annule les arrêts attaqués;
- fasse droit à ses conclusions formulées devant le Tribunal, et
- condamne l’OHMI aux dépens.

35 L’OHMI conclut à ce que la Cour:

- rejette les pourvois, et
- condamne Freixenet aux dépens.

³⁶ Par une ordonnance du président de la Cour du 10 novembre 2010, les affaires C-344/10 P et C-345/10 P ont été jointes aux fins de la procédure orale et de l'arrêt.

Sur les pourvois

³⁷ Au soutien de ses pourvois, Freixenet invoque trois moyens, tirés respectivement, le premier, d'une violation des articles 38, paragraphe 3, et 73 du règlement n° 40/94 ainsi que de l'article 296 TFUE et de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, le deuxième, d'une violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), de ce règlement et, le troisième, d'une violation de l'article 7, paragraphe 3, dudit règlement. Il convient d'examiner, en premier lieu, le deuxième moyen.

Argumentation des parties

³⁸ Par son deuxième moyen, Freixenet soutient que le Tribunal a violé l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 en jugeant, dans les arrêts attaqués, que la chambre de recours de l'OHMI n'était pas tenue d'avancer des éléments concrets à l'appui de ses refus d'enregistrement et pouvait se contenter de l'affirmation d'un fait prétendument notoire pour dénier le caractère distinctif des marques dont l'enregistrement était demandé, alors qu'elle avait fourni des indications concrètes et étayées attestant le caractère original de ces marques à la date pertinente, de sorte que celles-ci divergeaient de manière significative de la norme ou des habitudes du secteur concerné. Dès lors que, selon la jurisprudence, l'appréciation du pouvoir

distinctif doit être concrète, l'OHMI serait tenu de répondre concrètement aux éléments concrets apportés par le déposant et ne pourrait se contenter de dénégations vagues et générales, ainsi que le Tribunal l'aurait à tort admis dans les arrêts attaqués.

39 En outre, Freixenet insiste sur le fait que les marques dont l'enregistrement était demandé se démarquaient de manière substantielle des normes du secteur au 1^{er} avril 1996 et elle relève que, à cet égard, le caractère original de ces marques a été reconnu tant par la chambre de recours de l'OHMI que par le Tribunal aux points 76 et 81 de l'arrêt T-109/08 ainsi qu'aux points 75 et 80 de l'arrêt T-110/08. Elle fait valoir que, dans la mesure où, conformément à la jurisprudence, seule une aptitude à distinguer l'origine du produit suffit pour que le motif de refus visé à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 ne soit pas appliqué et compte tenu du fait que ces marques étaient dotées d'un caractère distinctif minimal, ce que le Tribunal aurait admis en les qualifiant d'originales, ce dernier a commis une erreur de droit, en violation de cette disposition, en déniait un caractère distinctif auxdites marques, alors même que le critère de la protection était rempli.

40 Freixenet reproche également au Tribunal d'avoir violé l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 par l'importance qu'il a attachée à la nécessité de combiner un élément verbal avec les marques dont l'enregistrement était demandé en faisant sienne, aux points 82 et 81 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, la considération de la chambre de recours de l'OHMI selon laquelle «il n'existe aucun antécédent d'entreprises viticoles ayant offert du vin au public dans des bouteilles sans inscriptions, en faisant uniquement ou principalement confiance à l'aspect formel de la bouteille en tant qu'indicateur de l'origine industrielle ou commerciale du produit». Le Tribunal aurait ainsi erronément présumé qu'un signe autre que verbal n'avait aucun pouvoir distinctif lorsqu'il n'était pas utilisé en combinaison avec un élément verbal, alors que ni ce règlement ni la jurisprudence ne soumettraient l'enregistrement d'une marque constituée de la forme de présentation d'un produit ou de la présentation de son conditionnement à la présence d'inscriptions ou d'éléments verbaux.

- 41 L'OHMI conteste cette argumentation de Freixenet et soutient que ce deuxième moyen doit être rejeté comme non fondé.

Appréciation de la Cour

- 42 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 (voir, notamment, arrêts du 29 avril 2004, Henkel/OHMI, C-456/01 P et C-457/01 P, Rec. p. I-5089, point 34; du 7 octobre 2004, Mag Instrument/OHMI, C-136/02 P, Rec. p. I-9165, point 29, et du 25 octobre 2007, Develey/OHMI, C-238/06 P, Rec. p. I-9375, point 79).
- 43 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 (voir, notamment, arrêts Henkel/OHMI, précité, point 35; du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, Rec. p. I-5719, point 25, et Develey/OHMI, précité, point 79).
- 44 En l'espèce, ainsi que le Tribunal l'a relevé aux points 69 et 68 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, il n'est pas contesté que les produits en cause, à savoir des vins mousseux, sont des produits de consommation courante et que le public visé est composé du grand public des quinze États membres qui constituaient la Communauté au moment du dépôt des demandes d'enregistrement.

- 45 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 (voir, notamment, arrêts *Mag Instrument/OHMI*, précité, point 30; du 12 janvier 2006, *Deutsche SiSi-Werke/OHMI*, C-173/04 P, Rec. p. I-551, point 27; *Storck/OHMI*, précité, point 26, et du 4 octobre 2007, *Henkel/OHMI*, C-144/06 P, Rec. p. I-8109, point 36).
- 46 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 s'agissant d'une telle marque tridimensionnelle que s'agissant d'une marque verbale ou figurative (voir, notamment, arrêts précités *Mag Instrument/OHMI*, point 30; *Deutsche SiSi-Werke/OHMI*, point 28, et *Storck/OHMI*, point 27).
- 47 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 (voir, notamment, arrêts précités *Mag Instrument/OHMI*, point 31; *Deutsche SiSi-Werke/OHMI*, point 31, et *Storck/OHMI*, point 28).
- 48 Cette jurisprudence, développée au sujet des marques tridimensionnelles constituées par l'apparence du produit lui-même ou par l'emballage des produits, tels les liquides, qui sont emballés dans le commerce pour des raisons liées à la nature même du produit (voir arrêts précités *Deutsche SiSi-Werke/OHMI*, point 29, et du 4 octobre 2007, *Henkel/OHMI*, point 38), vaut également lorsque, comme en l'espèce, la marque dont

l'enregistrement est demandé est une marque «autre» constituée par l'aspect spécifique de la surface de l'emballage d'un produit liquide. En effet, en pareil cas, la marque ne consiste pas non plus en un signe indépendant de l'aspect de l'emballage nécessaire des produits qu'elle désigne (voir, en ce sens, arrêt Storck/OHMI, précité, point 29).

- 49 Si le Tribunal a correctement identifié, aux points 63 à 67 ainsi que 62 à 66 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, les critères déterminés par la jurisprudence, il ressort toutefois de ces arrêts que le Tribunal n'a pas suivi cette jurisprudence lors de l'appréciation du cas d'espèce.
- 50 En effet, au lieu de vérifier si les marques dont l'enregistrement était demandé divergeaient de manière significative de la norme ou des habitudes du secteur, le Tribunal s'est limité à constater de manière générale, aux points 79 et 78 respectivement des arrêts T-109/08 et T-110/08, que, aucune bouteille n'étant vendue sans étiquette ni mention équivalente, seul cet élément verbal permettait de déterminer l'origine du vin mousseux concerné de sorte que la couleur et le matage du verre de la bouteille ne pouvaient pas «fonctionner comme marque» pour le vin mousseux en ce qui concerne le public pertinent, lorsqu'ils n'étaient pas utilisés en combinaison avec un élément verbal.
- 51 Une telle appréciation conduit systématiquement à exclusion de la protection susceptible d'être conférée par le règlement n° 40/94 les marques constituées par l'apparence du conditionnement du produit lui-même ne comportant pas d'inscription ou d'élément verbal.
- 52 Il s'ensuit que le Tribunal a commis une violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 (voir, en ce sens, arrêt du 20 septembre 2001, Procter & Gamble/OHMI, C-383/99 P, Rec. p. I-6251, point 45).

- 53 Dans ces conditions, il y a lieu d'accueillir le deuxième moyen soulevé par Freixenet et d'annuler les arrêts attaqués, sans qu'il soit besoin de procéder à l'examen des autres moyens des pourvois.

Sur les recours devant le Tribunal

- 54 Conformément à l'article 61, premier alinéa, seconde phrase, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, celle-ci, en cas d'annulation de la décision du Tribunal, peut statuer elle-même sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé. Il convient de relever que tel est le cas en l'espèce.

- 55 En ce qui concerne les demandes de Freixenet présentées devant le Tribunal, tendant à l'annulation des décisions litigieuses et fondées sur la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, elles doivent être accueillies pour les motifs exposés aux points 45 à 52 du présent arrêt. En effet, la chambre de recours de l'OHMI a commis la même erreur de droit que le Tribunal en estimant, aux points 34 et 37 ainsi que 31 et 34 respectivement des décisions du 30 octobre et du 20 novembre 2007, que «l'aspect formel ne rempli[ssai]t pas la fonction de marque mais l'étiquette, oui», et en n'examinant donc pas si les marques dont l'enregistrement était demandé divergeaient de manière si significative de la norme ou des habitudes du secteur qu'elles étaient pourvues de caractère distinctif.

- 56 Dans ces conditions, il y a lieu d'annuler les décisions litigieuses, sans qu'il soit besoin de procéder à l'examen des autres moyens soulevés par Freixenet dans le cadre de ses recours devant le Tribunal.

Sur les dépens

⁵⁷ Aux termes de l'article 122 du règlement de procédure, lorsque le pourvoi est fondé et que la Cour juge elle-même définitivement le litige, elle statue sur les dépens. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, de ce règlement, rendu applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118 dudit règlement, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Freixenet ayant conclu à la condamnation de l'OHMI et celui-ci ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de le condamner aux dépens relatifs tant aux procédures de première instance qu'aux pourvois.

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

- 1) **Les arrêts du Tribunal de l'Union européenne du 27 avril 2010, Freixenet/OHMI (Bouteille émerisée blanche) (T-109/08), et Freixenet/OHMI (Bouteille émerisée noire mate) (T-110/08), sont annulés.**

- 2) **Les décisions de la première chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), du 30 octobre 2007 (affaire R 97/2001-1) et du 20 novembre 2007 (affaire R 104/2001-1), sont annulées.**

- 3) **L'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI) est condamné aux dépens relatifs tant aux procédures de première instance qu'aux pourvois.**

Signatures