

TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DES COMMUNAUTES

Quatrième chambre)

8 juillet 2009

Dans l'affaire T-28/08,

**Mars, Inc.**, établie à McLean, Virginie (États-Unis), représentée par MM. A. Bryson, barrister, et G. Mills, solicitor,

partie requérante,

contre

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

partie défenderesse,

l'autre partie à la procédure devant la chambre de recours de l'OHMI, intervenant devant le Tribunal, étant

**Ludwig Schokolade GmbH & Co. KG**, établie à Bergisch Gladbach (Allemagne), représentée par M<sup>es</sup> M. Knitter et R. Jacobs, avocats,

**Arrêt**

**Antécédents du litige**

- 1 Le 7 mai 1998, la requérante, Mars, Inc., a présenté une demande d'enregistrement d'une marque communautaire à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), en vertu du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1) [remplacé par le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (JO L 78, p. 1)], concernant la marque tridimensionnelle reproduite ci-après :



- 2 Les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent des classes 5, 29 et 30 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, pour chacune de ces classes, à la description suivante :
  - classe 5 : « Confiserie médicinale » ;
  - classe 29 : « En-cas » ;
  - classe 30 : « Confiserie non médicinale, pâtisserie, gâteaux, biscuits, glaces comestibles, crèmes glacées, produits à base de crème glacée, sucreries glacées, desserts glacés, mousses, sorbets ».
- 3 Le 24 avril 2003, la marque a été enregistrée pour tous les produits pour lesquels elle avait été demandée.
- 4 Le 11 décembre 2003, l'intervenante, Ludwig Schokolade GmbH & Co. KG, a présenté une demande en nullité de la marque communautaire en cause en application de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 40/94 (devenu article 52, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 207/2009), au motif que l'enregistrement de cette marque avait enfreint les dispositions de l'article 7, paragraphe 1, sous b), c), et e(i), dudit règlement (devenu article 7, paragraphe 1, sous b), c), et e(i), du règlement n° 207/2009).
- 5 Par décision du 10 août 2006, la division d'annulation de l'OHMI a rejeté la demande en nullité au motif que la marque en cause était dépourvue de tout caractère distinctif intrinsèque, mais qu'elle n'était pas directement descriptive et n'enfreignait pas les dispositions de l'article 7, paragraphe 1, sous e), (i) ou (ii), du règlement n° 40/94 [l'article 7, paragraphe 1, sous e(ii), étant devenu article 7, paragraphe 1, sous e(ii) du règlement n° 207/2009]. La division d'annulation a également considéré que les conditions visées à l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 (devenu article 7,

paragraphe 3, du règlement n° 207/2009) étaient satisfaites et que la marque avait dès lors acquis un caractère distinctif par l'usage.

- 6 Le 11 octobre 2006, Ludwig Schokolade a formé un recours contre cette décision, au titre des articles 57 à 62 du règlement n° 40/94 (devenus articles 58 à 64 du règlement n° 207/2009).
- 7 Par décision du 23 octobre 2007 (ci-après la « décision attaquée »), la deuxième chambre de recours de l'OHMI a fait droit au recours et a, de ce fait, déclaré la nullité de l'enregistrement de la marque communautaire en cause.
- 8 En substance, en premier lieu, la chambre de recours a estimé que c'était à juste titre que la division d'annulation avait considéré que la marque en cause n'était pas susceptible d'enregistrement en vertu de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 au motif que son aspect ne divergeait pas de manière significative des normes et des habitudes du secteur concerné. En deuxième lieu, elle a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 40/94 était applicable. En troisième lieu, la chambre de recours a constaté que les documents présentés par la requérante étaient insuffisants pour démontrer que la marque en cause avait acquis un caractère distinctif par l'usage pour les produits concernés dans la partie de la Communauté européenne dans laquelle elle n'avait pas ab initio un tel caractère, conformément à l'article 7, paragraphe 3, et à l'article 51, paragraphe 2, du règlement n° 40/94 (devenu article 52, paragraphe 2, du règlement n° 207/2009). Enfin, compte tenu de cette constatation, la chambre de recours n'a pas apprécié la question de savoir si la requérante avait fourni des preuves suffisantes de l'usage de la marque litigieuse pour le Royaume-Uni, la Belgique, la France, l'Allemagne, l'Italie ainsi que les Pays-Bas et n'a pas examiné la valeur probante des enquêtes effectuées auprès des consommateurs présentées par la requérante.

### **Conclusions des parties**

- 9 La requérante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
  - annuler la décision attaquée ;
  - condamner l'OHMI aux dépens.
- 10 L'OHMI conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
  - rejeter le recours ;
  - condamner la requérante aux dépens.
- 11 Ludwig Schokolade conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
  - confirmer la décision attaquée ;
  - rejeter le recours ;
  - condamner la requérante aux dépens.

### **En droit**

1. *Sur le nouveau rapport d'expertise soumis par Ludwig Schokolade*

- 12 Par lettre du 18 décembre 2008, les parties ont été informées que la date d'audience dans la présente affaire avait été fixée au 27 janvier 2009.
- 13 Par lettre du 22 décembre 2008, Ludwig Schokolade a demandé au Tribunal de reporter l'audience au motif qu'elle souhaitait soumettre un nouveau rapport d'expertise démontrant que la forme demandée devait être refusée à l'enregistrement en vertu de l'article 7, paragraphe 1, sous e), i), du règlement n° 40/94, parce qu'elle est un signe constitué exclusivement par la forme imposée par la nature même du produit.
- 14 Le rapport d'expertise et sa traduction en anglais, déposés par Ludwig Schokolade, ont été enregistrés au greffe du Tribunal le 14 janvier 2009.
- 15 Dans ses observations préliminaires du 22 janvier 2009, la requérante a contesté la recevabilité de ce rapport d'expertise au motif qu'il s'agissait d'un moyen nouveau introduit en cours d'instance, ce qui serait interdit par l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal. En outre, en s'appuyant sur l'arrêt de la Cour du 18 décembre 2008, Éditions Albert René/OHMI (C-16/06 P, non encore publié au Recueil, point 137), la requérante a également fait valoir que des faits non invoqués par les parties devant les instances de l'OHMI ne peuvent plus l'être au stade du recours introduit devant le Tribunal.
- 16 L'OHMI a également contesté la recevabilité du rapport d'expertise pendant l'audience.
- 17 Il convient de rappeler qu'il ressort des dispositions combinées de l'article 46, paragraphe 1, sous d), et de l'article 135 du règlement de procédure que le mémoire en réponse d'un intervenant dans une affaire de marque doit contenir toutes les offres de preuve.
- 18 En l'espèce, Ludwig Schokolade n'a pas produit le rapport d'expertise en question en annexe à son mémoire en réponse. Ce rapport ayant été déposé à peine quelques jours avant l'audience, le Tribunal ne saurait accepter un élément de preuve produit aussi tardivement. En outre, il convient également de relever que ce rapport n'a pas été présenté devant la chambre de recours et que Ludwig Schokolade n'a de toute façon pas invoqué une violation de l'article 7, paragraphe 1, sous e), i), du règlement n° 40/94 dans son mémoire en réponse.
- 19 Il en découle que le rapport d'expertise déposé par Ludwig Schokolade ne sera pas pris en compte.

## 2. *Sur le fond*

- 20 Au soutien de son recours, la requérante soulève trois moyens, tirés, respectivement, de la violation de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, de l'article 7, paragraphe 3, et de l'article 51, paragraphe 2, dudit règlement, ainsi que de l'article 73 et/ou de l'article 74, paragraphe 1, du même règlement (devenus article 75 et article 76, paragraphe 1, du règlement n° 207/2009).

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

### Arguments des parties

- 21 La requérante soutient que la chambre de recours a mal apprécié les éléments de preuve en violation des dispositions de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Selon la requérante, l'application d'extrémités arrondies à une barre chocolatée de forme allongée et rectangulaire ainsi que les trois flèches ou chevrons figurant sur la face supérieure de la barre chocolatée sont des caractéristiques qui divergent de manière significative des normes et des habitudes du secteur concerné.

Elle fait aussi valoir que les seuls exemples d'une telle combinaison de caractéristiques produits par Ludwig Schokolade sont des copies de la marque tridimensionnelle en cause. La chambre de recours aurait donc dû conclure que la marque demandée était distinctive.

- 22 L'OHMI et Ludwig Schokolade contestent les arguments de la requérante.

Appréciation du Tribunal

- 23 Aux termes de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, sont refusées à l'enregistrement les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif. En outre, l'article 7, paragraphe 2, du même règlement (devenu article 7, paragraphe 2, du règlement n° 207/2009) énonce que le « paragraphe 1 est applicable même si les motifs de refus n'existent que dans une partie de la Communauté ».

- 24 Il ressort 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 a été demandé comme provenant d'une entreprise déterminée et donc de distinguer ce produit de ceux d'autres entreprises (arrêts de la Cour du 29 avril 2004, Procter & Gamble/OHMI, C-473/01 P et C-474/01 P, Rec. p. I-5173, point 32 ; du 21 octobre 2004, OHMI/Erpo Möbelwerk, C-64/02 P, Rec. p. I-10031, point 42, et du 4 octobre 2007, Henkel/OHMI, C-144/06 P, Rec. p. I-8109, point 34).

- 25 Ainsi, les signes visés par l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 sont réputés incapables d'exercer une telle fonction [arrêt du Tribunal du 27 février 2002, Rewe-Zentral/OHMI (LITE), T-79/00, Rec. p. II-705, point 26].

- 26 Par ailleurs, le caractère distinctif d'une marque doit être apprécié, d'une part, par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement a été demandé et, d'autre part, par rapport à la perception qu'en a le public pertinent (arrêts de la Cour Procter & Gamble/OHMI, précité, point 33 ; du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-24/05 P, Rec. p. I-5677, point 23, et Henkel/OHMI, précité, point 35).

- 27 Selon la jurisprudence, les critères d'appréciation du caractère distinctif des marques tridimensionnelles, comme celle en cause en l'espèce, 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'apparence 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 sur 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 par rapport à celui d'une marque verbale ou figurative (arrêts de la Cour du 7 octobre 2004, Mag Instrument/OHMI, C-136/02 P, Rec. p. I-9165, point 30 ; Storck/OHMI, précité, points 24 et 25, et Henkel/OHMI, précité, point 36).

- 28 En outre, il est également de jurisprudence constante 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 soit dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 (arrêt de la Cour du 29 avril 2004, Henkel/OHMI, C-456/01 P et C-457/01 P, Rec. p. I-5089, point 39). 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 de la Cour du

12 janvier 2006, Deutsche SiSi-Werke/OHMI, C-173/04 P, Rec. p. I-551, point 31 ; Storck/OHMI, précité, point 26, et du 4 octobre 2007, Henkel/OHMI, précité, point 37).

- 29 Ainsi, lorsqu'une marque tridimensionnelle est constituée par la forme du produit pour lequel l'enregistrement a été demandé, le simple fait que cette forme soit une variante d'une des formes habituelles de ce type de produits ne suffit pas à établir que ladite marque n'est pas dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Il convient toujours de vérifier si une telle marque permet au consommateur moyen de ce produit, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, de distinguer, sans procéder à une analyse et sans faire preuve d'une attention particulière, le produit concerné de ceux d'autres entreprises (arrêt *Mag Instrument/OHMI*, précité, point 32).
- 30 En l'espèce, il convient tout d'abord de relever que les parties ne contestent pas l'appréciation de la chambre de recours selon laquelle le public pertinent est le consommateur moyen.
- 31 Concernant, ensuite, les caractéristiques prétendument distinctives de la forme en cause invoquées par la requérante, en premier lieu, il convient de constater que la forme allongée est quasi inhérente à une barre chocolatée et ne diverge donc pas de manière significative de la norme ou des habitudes du secteur en question. D'ailleurs, le terme « barre » lui-même suggère l'existence d'un allongement dans la forme du produit ainsi décrit. Il s'agit là d'une forme venant naturellement à l'esprit du consommateur pour des produits de consommation courante tels que les produits concernés [voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 10 novembre 2004, *Storck/OHMI* (Forme d'un bonbon), T-396/02, Rec. p. II-3821, points 39 et 42].
- 32 En deuxième lieu, il convient également de rejeter l'argument de la requérante selon lequel « l'application d'extrémités arrondies à une barre chocolatée allongée et de forme rectangulaire est, en elle-même, une caractéristique inhabituelle du secteur concerné ». Comme le souligne l'intervenante en énonçant plusieurs exemples à cet égard, de nombreuses barres chocolatées disponibles sur le marché présentent cette combinaison. Par ailleurs, la requérante a elle-même reconnu dans la requête et lors de l'audience qu'il existait d'autres barres chocolatées sur le marché adoptant une forme semblable à celle de la marque demandée. La requérante n'a cependant pas démontré en quoi ces autres produits ne seraient que des copies de la marque demandée en l'espèce.
- 33 Enfin, concernant les trois chevrons figurant sur la face supérieure de la forme en cause, il convient de considérer que c'est à juste titre que la chambre de recours a conclu au point 26 de la décision attaquée que le consommateur moyen de la catégorie de produits concernés percevrait ces chevrons, tout au plus, comme des éléments décoratifs, et non comme un signe indiquant l'origine commerciale du produit. La requérante n'a pas démontré que le consommateur concerné serait particulièrement attentif à cette caractéristique ainsi qu'aux bouts arrondis au point de les percevoir comme une indication de l'origine commerciale du produit concerné. Comme l'a souligné la chambre de recours, l'utilisateur final accorde généralement une plus grande attention à l'étiquette apposée sur le produit ou à son emballage, ainsi qu'au nom, à l'image ou au dessin graphique qui y figurent, qu'à la seule forme du produit. En outre, le produit en question étant vendu dans un emballage non transparent, le consommateur ne verra généralement sa forme qu'après avoir retiré cet emballage.
- 34 Par conséquent, la chambre de recours a démontré à suffisance de droit qu'aucune des caractéristiques de la forme de la marque en cause, prise seule ou en combinaison avec les autres caractéristiques de celle-ci, ne possède de caractère distinctif. La forme en cause, prise dans son ensemble, ne se distinguant pas suffisamment d'autres formes communément utilisées pour les barres chocolatées, elle ne permet donc pas au public pertinent, sans procéder à une analyse et sans faire preuve d'une attention particulière, de distinguer de façon immédiate et certaine les barres chocolatées de la

requérante de celles ayant une autre origine commerciale. Partant, la forme demandée elle-même est dépourvue de caractère distinctif par rapport aux produits concernés.

- 35 Il ressort de tout ce qui précède que la chambre de recours n'a pas violé l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94. Par conséquent, il convient de rejeter le premier moyen comme non fondé.

*Sur le deuxième moyen, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 3, et de l'article 51, paragraphe 2, du règlement n° 40/94*

- 36 La requérante soutient que la chambre de recours a commis un certain nombre d'erreurs dans son application de l'article 7, paragraphe 3, et de l'article 51, paragraphe 2, du règlement n° 40/94. Elle soulève quatre griefs à l'appui de son deuxième moyen.

Sur le premier grief, concernant l'étendue géographique des preuves soumises par la requérante

– Arguments des parties

- 37 La requérante estime que la chambre de recours a erronément exigé la preuve du caractère distinctif de la marque litigieuse dans chacun des quinze États membres faisant partie de la Communauté à l'époque, « pris isolément » et sans tenir compte des tailles respectives des marchés locaux, ce qui peut se justifier dans le cas d'une marque verbale à laquelle est opposé l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 40/94, mais ne peut l'être s'agissant d'une marque tridimensionnelle à laquelle est opposé l'article 7, paragraphe 1, sous b), de ce règlement.

- 38 Selon la requérante, dans ce dernier cas, il n'y a aucune raison d'examiner la question du caractère distinctif acquis par une approche pays par pays ou région par région, ni aucune raison d'exclure l'enregistrement d'une marque au seul motif que le caractère distinctif acquis par l'usage n'a pas été établi sur le territoire d'un État membre. Il suffirait qu'au moins une fraction significative des consommateurs concernés du « marché unique [...] des barres chocolatées dans la Communauté entière » pris dans son ensemble identifie le produit concerné avec la requérante sur la base de la marque demandée.

- 39 Or, la requérante soutient que les preuves qu'elle a soumises pour le Royaume-Uni, la Belgique, la France, l'Allemagne, l'Italie et les Pays-Bas, qui représentent environ 85 % du marché communautaire total, sont « amplement suffisantes » pour satisfaire à ce critère. Selon elle, c'est donc à tort que la chambre de recours a conclu que ces six États membres ne formaient pas une partie suffisamment substantielle de la Communauté pour lui permettre d'invoquer valablement l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94.

- 40 Enfin, la requérante estime que, en examinant la question du caractère distinctif acquis par l'usage pays par pays ou région par région, la chambre de recours a violé les objectifs et buts du marché unique.

- 41 L'OHMI et Ludwig Schokolade contestent les arguments de la requérante.

– Appréciation du Tribunal

- 42 En vertu de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, les motifs absolus visés à l'article 7, paragraphe 1, sous b) à d), du même règlement [l'article 7, paragraphe 1, sous d), étant devenu article 7, paragraphe 1, sous d), du règlement n° 207/2009] ne s'opposent 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.

- 43 De même, l'article 51, paragraphe 2, du règlement n° 40/94 dispose que, « [l]orsque la marque communautaire a été enregistrée contrairement à l'article 7, paragraphe 1, [sous] b), c) ou d), elle ne peut toutefois être déclarée nulle si, par l'usage qui en a été fait, elle a acquis après son enregistrement un caractère distinctif pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée ».
- 44 Il ressort de la jurisprudence que l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage de la marque exige qu'au moins une fraction significative du public pertinent identifie grâce à la marque les produits ou les services concernés comme provenant d'une entreprise déterminée [arrêt du Tribunal du 29 avril 2004, Eurocermex/OHMI (Forme d'une bouteille de bière), T-399/02, Rec. p. II-1391, point 42]. Toutefois, les circonstances dans lesquelles la condition liée à l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage peut être regardée comme satisfaite ne sauraient être uniquement établies sur la base de données générales et abstraites, telles que des pourcentages déterminés (voir, par analogie, arrêts de la Cour du 4 mai 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 et C-109/97, Rec. p. I-2779, point 52, et du 18 juin 2002, Philips, C-299/99, Rec. p. I-5475, points 61 et 62).
- 45 Il est également de jurisprudence constante que, pour faire accepter l'enregistrement d'une marque en vertu de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, le caractère distinctif acquis par l'usage de cette marque doit être démontré dans la partie de la Communauté où elle en était dépourvue ab initio au regard de l'article 7, paragraphe 1, sous b) à d), de ce même règlement [arrêt de la Cour du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, Rec. p. I-5719, point 83 ; arrêts du Tribunal du 30 mars 2000, Ford Motor/OHMI (OPTIONS), T-91/99, Rec. p. II-1925, points 26 et 27 ; du 10 novembre 2004, Storck/OHMI (Forme d'une papillote), T-402/02, Rec. p. II-3849, point 78, et du 12 septembre 2007, Glaverbel/OHMI (Texture d'une surface de verre), T-141/06, non publié au Recueil, point 40].
- 46 En l'espèce, la chambre de recours a conclu, au point 32 de la décision attaquée, que « [l]a marque demandée [avait] été jugée non distinctive dans toute la Communauté, qui était composée de quinze États membres à la date de dépôt de la marque de la [requérante], à savoir le 7 mai 1998 ». C'est donc dans toute la Communauté, composée des quinze États membres de l'époque, que la marque demandée doit avoir acquis un caractère distinctif par l'usage pour être enregistrable en vertu de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94 (voir, en ce sens, arrêt du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, précité, points 81 à 86).
- 47 Par conséquent, la chambre de recours n'a pas commis d'erreur en exigeant des preuves du caractère distinctif acquis par l'usage dans les quinze États membres faisant partie de la Communauté au moment du dépôt de la demande de marque.
- 48 Les arguments de la requérante fondés sur la différence entre le paragraphe 1, sous b), et le paragraphe 1, sous c), de l'article 7 du règlement n° 40/94 et sur la violation des objectifs du marché unique ne sauraient être retenus. En effet, aux termes de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, lu en combinaison avec l'article 7, paragraphe 2, du même règlement, une marque doit être refusée à l'enregistrement si elle est dépourvue de caractère distinctif dans une partie de la Communauté. Or, la partie de la Communauté visée au paragraphe 2 de cet article peut être constituée, le cas échéant, d'un seul État membre (arrêt du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-25/05 P, précité, points 81 à 83 ; voir, également, conclusions de l'avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer sous cet arrêt, Rec. p. I-5724, points 75 à 83). C'est donc à juste titre que la chambre de recours a examiné séparément les preuves concernant le caractère distinctif acquis par l'usage pour chaque État membre (voir, en ce sens, arrêt Texture d'une surface de verre, précité, point 40).



49 Il convient donc de rejeter le premier grief soulevé.

Sur le deuxième grief, concernant la prétendue « dénaturation » des pièces soumises

– Arguments des parties

50 La requérante estime que, même si le Tribunal devait juger que la chambre de recours a pu à bon droit exiger la preuve du caractère distinctif acquis par l'usage dans chacun des quinze États membres susceptibles d'être pertinents, les pièces qu'elle a produites étaient suffisantes à cette fin. Elle se fonde principalement sur les résultats d'enquêtes qu'elle a réalisées auprès de consommateurs au Royaume-Uni, en Belgique, en France, en Allemagne, en Italie et aux Pays-Bas, des échantillons de matériel publicitaire utilisés dans cinq de ces pays, des déclarations de syndicats professionnels et de professionnels du secteur, des témoignages de consommateurs recueillis en 2004 au Royaume Uni, en Allemagne et aux Pays-Bas, et des chiffres sur les ventes et les frais publicitaires exposés ainsi que sur les dates d'introduction du produit vendu sous la marque BOUNTY dans quatorze États membres. La requérante a également produit en annexe à la requête des données sur les parts de marché du produit concerné en 1998.

51 La requérante reproche en substance à la chambre de recours de s'être fondée sur une comparaison « chiffres d'affaires et dépenses publicitaires/population » et d'avoir ignoré les éléments relatifs à la taille des différents marchés et aux longues périodes d'usage de la marque en cause. Elle se fonde sur les parts de marché figurant au tableau 3 de l'annexe A.2 de la requête pour faire valoir que le produit vendu sous la marque BOUNTY détient une part significative des marchés régionaux et que sa part de marché dans les six pays dans lesquels des enquêtes ont été réalisées auprès des consommateurs (3,8 %) ne s'écarte pas de sa part de marché sur l'ensemble du marché européen (3,57 %). Dans ces circonstances, et compte tenu du très long usage de la marque en cause sur ces marchés, la requérante estime que la chambre de recours aurait dû avaliser la décision de la division d'annulation d'extrapoler les résultats des enquêtes auprès des consommateurs dans ces six pays aux neuf autres pays composant la Communauté au moment du dépôt de la demande de marque, à savoir l'Autriche, le Danemark, la Finlande, la Grèce, l'Irlande, le Luxembourg, le Portugal, l'Espagne et la Suède.

52 L'OHMI et Ludwig Schokolade contestent les arguments de la requérante.

– Appréciation du Tribunal

53 Il convient de relever, tout d'abord, qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que, pour déterminer si une marque a acquis un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait, l'autorité compétente doit apprécier globalement les éléments qui peuvent démontrer que la marque est devenue apte à identifier le produit concerné comme provenant d'une entreprise déterminée et donc à distinguer ce produit de ceux d'autres entreprises (arrêt *Windsurfing Chiemsee*, précité, point 49).

54 À cet égard, il convient de prendre en considération, notamment, la part de marché détenue par la marque, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de l'usage de cette marque, l'importance des investissements faits par l'entreprise pour la promouvoir, la proportion des milieux intéressés qui identifie le produit comme provenant d'une entreprise déterminée grâce à la marque, les déclarations de chambres de commerce et d'industrie ou d'autres associations professionnelles ainsi que les sondages d'opinion (arrêts *Windsurfing Chiemsee*, précité, point 51, et *Philips*, précité, point 60 ; voir également, en ce sens, arrêt *Forme d'une bouteille de bière*, précité, point 44).

55 En l'espèce, en premier lieu, comme l'a relevé la chambre de recours au point 34 de la décision attaquée, force est de constater que la quasi-totalité des pièces fournies par la requérante ne concerne que six États membres, à savoir le Royaume-Uni, la Belgique, la France, l'Allemagne, l'Italie et les Pays-Bas. Pour les neuf autres États membres

faisant partie de la Communauté au moment du dépôt de la demande de marque, la requérante n'a fourni que des chiffres de vente et de frais publicitaires ainsi que des parts de marché. Or, les résultats des enquêtes effectuées dans les six États membres mentionnés ci-dessus, ainsi que les témoignages recueillis dans trois de ces États, ne peuvent être extrapolés aux neuf autres États membres sur la seule base de ces chiffres.

- 56 La requérante fonde son extrapolation principalement sur le tableau 3 de l'annexe A.2 de la requête résumant les parts de marché dans quatorze États membres et sur un tableau figurant à la page 5 de l'annexe A.3 de la requête résumant les taux de reconnaissance de la barre chocolatée vendue sous la marque BOUNTY dans les enquêtes effectuées en Belgique, en France, en Allemagne, en Italie et aux Pays-Bas. Le Royaume-Uni n'est pas inclus dans ce dernier tableau, mais la requérante affirme, au point 6 de la même annexe, que le taux de reconnaissance de la barre chocolatée vendue sous la marque BOUNTY dans son enquête auprès des consommateurs du Royaume-Uni est de 70 %.
- 57 Il ressort clairement du premier tableau que les parts de marché du produit vendu sous la marque BOUNTY ne sont pas aussi uniformes que le prétend la requérante. En effet, alors que la part de marché du produit est de 10,42 % aux Pays Bas, elle n'est que de 0,68 % en Suède et de 0,24 % en Finlande. Or, il convient de relever que le marché suédois, mesuré en terme de valeur totale en euros pour toutes les barres chocolatées (troisième colonne du tableau 3 de l'annexe A.2), est beaucoup plus important que le marché néerlandais (respectivement 131 866 000 et 78 500 000 euros, malgré le fait que la Suède compte environ 6 millions d'habitants en moins). En outre, le marché comprenant la Suède, la Finlande et le Danemark, constitue une portion plus importante du marché européen des barres chocolatées que les Pays-Bas et la Belgique combinés (respectivement 6,94 et 5,06 %).
- 58 Il en est de même lorsque le marché français est comparé au marché comprenant la Suède, la Finlande et le Danemark. Ces marchés ont approximativement la même taille (258 599 000 euros pour les marchés suédois, finlandais et danois et 256 979 000 euros pour la France), mais les parts de marché du produit vendu sous la marque BOUNTY y sont pourtant très différentes (1,34 % pour la Suède, la Finlande et le Danemark et 5,98 % en France).
- 59 En outre, il convient également de relever que les taux de reconnaissance du produit concerné sont, eux aussi, loin d'être uniformes. Ainsi, les taux de reconnaissance figurant dans le tableau à la page 5 de l'annexe A.3 vont du simple au double entre l'Italie (44 % des consommateurs ayant acheté du chocolat dans le mois précédent) et les Pays-Bas (82 %). Or, le marché italien est bien plus important que le marché néerlandais mesuré en terme de valeur totale en euros pour toutes les barres chocolatées (respectivement 185 548 000 et 78 500 000 euros).
- 60 De plus, il convient de rappeler que, selon l'arrêt *Windsurfing Chiemsee*, précité, les parts de marché ne sont qu'un élément à prendre en considération dans le cadre d'une appréciation plus globale de l'acquisition du caractère distinctif par l'usage. Les parts de marché fournies en l'espèce démontrent, certes, que la barre chocolatée vendue sous la marque BOUNTY a été commercialisée sur les marchés en question, mais sont insuffisantes à apporter la preuve que la forme en cause aurait elle-même été utilisée en tant que marque pour désigner le produit concerné et que les consommateurs en reconnaîtraient l'origine commerciale en Autriche, au Danemark, en Finlande, en Grèce, en Irlande, au Luxembourg, au Portugal, en Espagne et en Suède (voir, en ce sens, arrêts *Forme d'une papillote*, précité, point 83, et *Texture d'une surface de verre*, précité, point 41).
- 61 Étant donné qu'il n'est pas possible d'extrapoler les résultats des enquêtes effectuées dans les six États membres sur lesquels se fonde la requérante, celle-ci aurait dû fournir davantage d'éléments concernant ces neuf autres États (voir, en ce sens, arrêt

Texture d'une surface de verre, précité, point 41). Or, comme l'a relevé la chambre de recours au point 41 de la décision attaquée, « [a]ucun exemple de l'utilisation de la marque demandée sur les emballages ou sur les matériels publicitaires ou promotionnels, aucune déposition, déclaration ou étude de marché, ni aucune autre pièce n'a été fourni pour ces États membres ».

- 62 En deuxième lieu, s'agissant des arguments de la requérante fondés sur les chiffres publicitaires, premièrement, il convient de constater qu'il est difficile de mesurer l'importance relative des investissements publicitaires de la requérante en l'absence de données permettant de se représenter le volume publicitaire pour le marché des produits en cause (voir, en ce sens, arrêt *Forme d'une papillote*, précité, point 84).
- 63 Deuxièmement, il n'est pas possible non plus, au vu du tableau afférent aux frais publicitaires produit par la requérante et figurant en page 2 de l'annexe A.3 de la requête, de déterminer si lesdits frais ont été exposés exclusivement pour la promotion de barres chocolatées dont la forme fait l'objet de la demande de marque en cause [voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 15 décembre 2005, *BIC/OHMI (Forme d'un briquet électronique)*, T-263/04, non publié au Recueil, points 71 à 73].
- 64 Enfin, il ressort de ce dernier tableau que les frais publicitaires exposés étaient peu élevés dans bon nombre d'États membres et font même défaut pour certains de ces États. Ainsi, aucun chiffre concernant ces frais n'a été fourni pour l'année 1998, qui est pourtant l'année du dépôt de la demande de marque auprès de l'OHMI. De même, alors que le marché des barres chocolatées en Suède est plus important que celui des Pays-Bas, la requérante n'a dépensé que 10 999 dollars des États-Unis (USD) pour la promotion du produit vendu sous la marque BOUNTY dans ce pays en 1996. Elle a à peine dépensé 315 USD au Portugal en 1994 et n'a fourni aucun chiffre pour les années suivantes.
- 65 C'est donc à bon droit que la chambre de recours a estimé, aux points 36 à 38 de la décision attaquée, que les preuves apportées concernant les investissements publicitaires et promotionnels effectués pour la marque demandée étaient insuffisantes.
- 66 S'agissant, enfin, des arguments de la requérante fondés sur la durée d'usage de la marque demandée, il convient de relever que le fait que le signe en cause a été utilisé dans certains États membres depuis longtemps ne suffit pas, en tant que tel, pour démontrer que le public visé par le produit le perçoit comme une indication d'origine commerciale (arrêt *Texture d'une surface de verre*, précité, point 42). De plus, il ressort du mémoire en réponse de Ludwig Schokolade et des pièces du dossier que d'autres entreprises ont commercialisé des produits ayant une forme très semblable à la marque demandée depuis au moins aussi longtemps que la requérante.
- 67 En outre, force est de constater qu'il n'existe pas nécessairement de lien entre la durée d'utilisation et la part de marché du produit. Ainsi, la barre chocolatée vendue sous la marque BOUNTY est commercialisée depuis plus de 30 ans aux Pays-Bas (depuis 1962) comme en Suède (depuis 1978), mais la part de marché du produit en Suède est largement inférieure à celle constatée aux Pays-Bas.
- 68 Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que la chambre a estimé que les preuves fournies par la requérante étaient insuffisantes pour pouvoir démontrer que la marque demandée avait acquis un caractère distinctif par l'usage dans la partie de la Communauté dans laquelle elle n'avait pas ab initio un tel caractère au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94.
- 69 Par conséquent, il convient de rejeter le deuxième grief soulevé par la requérante.

Sur le troisième grief, concernant la prétendue application de critères juridiques erronés

– Arguments des parties

70 La requérante soutient que la chambre de recours n'a pas appliqué les bons critères légaux dans son appréciation des éléments de preuve en ce qu'elle a exigé la preuve de l'existence de mesures particulières prises pour l'« éducation du public » (point 32 de la décision attaquée) et a estimé que l'absence d'exemples d'emballages et de matériel publicitaire ou promotionnel pour certains États membres ne permettait pas de constater l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage (point 41 de la décision attaquée). Selon elle, la chambre de recours a ainsi commis une erreur de droit et aurait dû procéder à une appréciation globale des preuves, conformément aux critères dégagés dans l'arrêt *Windsurfing Chiemsee*, précité.

71 L'OHMI conteste les arguments de la requérante.

– Appréciation du Tribunal

72 Contrairement à ce que soutient la requérante, il ne ressort pas de la décision attaquée que la chambre de recours a érigé l'exigence de mesures particulières pour l'éducation du public en condition sine qua non de la reconnaissance de l'acquisition du caractère distinctif par l'usage. En effet, le point 32 de la décision attaquée ne semble être qu'une reformulation du principe selon lequel l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage de la marque exige qu'au moins une fraction significative du public pertinent identifie grâce à la marque le produit concerné comme provenant d'une entreprise déterminée. L'utilisation du terme « éduquée » dans ce point va de pair avec les mots « exposition à la marque » et ne doit pas être perçue comme une condition autonome et nouvelle.

73 De même, concernant le point 41 de la décision attaquée, la chambre de recours a simplement décrit le type de preuves qu'il aurait été utile de produire pour démontrer l'acquisition du caractère distinctif par l'usage en Autriche, au Danemark, en Finlande, en Grèce, en Irlande, au Luxembourg, au Portugal, en Espagne et en Suède. De plus, contrairement à ce que semble suggérer la requérante, la chambre de recours n'a pas seulement déploré l'absence d'exemples d'emballages ou de matériels publicitaires, mais a également évoqué l'absence de « déposition, déclaration ou étude de marché, [et] autre pièce » pour ces neuf États membres.

74 Par conséquent, la chambre de recours n'a pas appliqué de critères juridiques erronés et il convient de rejeter les arguments avancés par la requérante dans le cadre du troisième grief.

Sur le quatrième grief, concernant l'absence de certains éléments de preuve

– Arguments des parties

75 La requérante estime que, même en admettant qu'elle ait dû fournir certains matériels d'emballages et de matériels publicitaires ou promotionnels pour les quinze États membres faisant partie de la Communauté à l'époque, en refusant de se fonder sur les éléments de preuve fournis pour les six États membres mentionnés ci-dessus pour extrapoler l'existence de tels matériels dans les neuf autres États membres, la chambre de recours aurait « faussé les éléments de preuve qui lui étaient soumis et/ou ne [se serait] pas livrée à une juste appréciation globale de ceux-ci ».

76 L'OHMI et Ludwig Schokolade contestent les arguments de la requérante.

– Appréciation du Tribunal

77 Force est de constater que le quatrième grief repose sur un raisonnement quasi identique à celui avancé dans le cadre du deuxième grief exposé ci-dessus s'agissant de l'extrapolation de données. En effet, la requérante cherche à extrapoler l'existence

de certains matériels publicitaires dans les six États membres couverts par ses enquêtes aux neuf autres États membres faisant partie de la Communauté à l'époque. Par conséquent, il convient de rejeter ce grief pour les mêmes motifs que ceux exposés dans le cadre du deuxième grief.

- 78 De plus, il convient également de ne pas tenir compte du document produit en annexe A.4 à la requête au motif qu'il a été produit pour la première fois devant le Tribunal.
- 79 En effet, selon une jurisprudence constante, un recours porté devant le Tribunal vise au contrôle de la légalité des décisions des chambres de recours de l'OHMI au sens de l'article 63 du règlement n° 40/94. Or, il découle de cette disposition que des faits non invoqués par les parties devant les instances de l'OHMI ne peuvent plus l'être au stade du recours introduit devant le Tribunal. Il découle également de ladite disposition que le Tribunal ne saurait réexaminer les circonstances de fait à la lumière des preuves présentées pour la première fois devant lui, car la légalité d'une décision d'une chambre de recours de l'OHMI doit être appréciée en fonction des éléments d'information dont elle pouvait disposer au moment où elle l'a arrêtée (arrêt *Éditions Albert René/OHMI*, précité, points 136 à 138). Un document qui n'a pas été produit au cours de la procédure administrative devant l'OHMI ne saurait donc remettre en cause la légalité de la décision attaquée (arrêts *Forme d'un briquet électronique*, précité, points 71 à 73, et *Forme d'une bouteille de bière*, précité, point 52).
- 80 Cette conclusion ne contredit en rien l'article 51, paragraphe 2, du règlement n° 40/94, qui exige seulement que la chambre de recours tienne compte de toutes les pièces produites au cours de la procédure d'examen par l'examineur de l'OHMI et de celles produites au cours de la procédure de nullité. Or, il ressort clairement de la décision attaquée, en particulier de son point 33, que la chambre de recours a clairement respecté cette obligation.
- 81 Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la chambre de recours n'a pas violé l'article 7, paragraphe 3, et l'article 51, paragraphe 2, du règlement n° 40/94. Le deuxième moyen doit donc être rejeté dans son intégralité.

*Sur le troisième moyen, tiré de la violation de l'article 73 et/ou de l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94*

Arguments des parties

- 82 La requérante soutient que, en s'appuyant sur l'absence d'exemples d'emballages et de matériels de publicité pour certains États membres, la chambre de recours s'est fondée sur un élément qui n'avait été soulevé ni par l'OHMI, ni par Ludwig Schokolade et sur lequel la requérante n'a donc pas eu la possibilité de présenter des observations ou de compléter les preuves. La chambre de recours aurait ainsi méconnu les dispositions de l'article 73 et/ou de l'article 74, paragraphe 1, du règlement n° 40/94 ou, plus généralement, son droit à être entendue.
- 83 L'OHMI et Ludwig Schokolade contestent les arguments de la requérante.
- Appréciation du Tribunal
- 84 L'article 73 du règlement n° 40/94 prévoit que « [l]es décisions de l'[OHMI] sont motivées [et] ne peuvent être fondées que sur des motifs sur lesquels les parties ont pu prendre position ».
- 85 L'article 74 du règlement n° 40/94 dispose :

« 1. Au cours de la procédure, l'[OHMI] 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'[OHMI] 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. »

- 86 Il ressort de la jurisprudence qu'il y a violation des droits de la défense garantis par ces dispositions lorsque la chambre de recours se fonde sur des motifs ou des éléments de preuve sur lesquels la partie intéressée n'a pas eu l'occasion de se prononcer auparavant [arrêt de la Cour du 21 octobre 2004, KWS Saat/OHMI, C-447/02 P, Rec. p. I-10107, points 37 à 44, et arrêt du Tribunal du 27 février 2002, Eurocool Logistik/OHMI (EUROCOOL), T-34/00, Rec. p. II-683, points 20 à 22].
- 87 Force est de constater que tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, il ressort clairement du dossier que Ludwig Schokolade avait déjà invoqué l'absence de preuves de l'acquisition du caractère distinctif par l'usage sur tout le territoire pertinent dans le cadre de son recours devant la chambre de recours. La requérante avait dès lors la possibilité d'apporter davantage de preuves concernant cet aspect au cours de la procédure devant la chambre de recours, ce qu'elle a omis de faire. Contrairement à ce qu'allègue la requérante, l'absence d'exemples d'emballages ou de matériels publicitaires, de dépositions, de déclarations ou d'études de marché pour neuf des quinze États membres pertinents n'est pas un élément que les parties n'avaient pas invoqué précédemment.
- 88 Ludwig Schokolade relève à juste titre que la charge de la preuve appartient à la requérante [voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 12 décembre 2002, eCopy/OHMI (ECOPY), T-247/01, Rec. p. II-5301, points 47 à 48]. Or, il convient de constater que la requérante n'a pas apporté les preuves requises au soutien de son argument relatif à une violation de ses droits de la défense.
- 89 Par conséquent, il y a lieu de considérer que la chambre de recours n'a pas violé les articles 73 et 74 du règlement n° 40/94 et que le troisième moyen doit également être rejeté.
- 90 Partant, le recours doit être rejeté dans son intégralité.

### **Sur les dépens**

- 91 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.
- 92 La requérante ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens, conformément aux conclusions de l'OHMI et de l'intervenante.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (quatrième chambre)

déclare et arrête :

- 1) Le recours est rejeté.**
- 2) Mars, Inc. est condamnée aux dépens.**