



OFFICE DE L'HARMONISATION DANS LE MARCHÉ  
INTÉRIEUR  
(MARQUES, DESSINS ET MODÈLES)

Les chambres de recours

**DÉCISION**  
**de la deuxième chambre de recours du 11 décembre**  
**2012**

Dans l'affaire R 513/2011-2

**La Société des Produits Nestlé S.A.**

Service juridique — Marque IP  
Affaire postale 353  
1800 Vevey  
Suisse

MC/requérante Proprietor

représentée par Klos Weteringschans Morel Vos & Schaap, 24, 1017 du SG,  
Amsterdam, Pays-Bas

arrêt

**Cadbury Holdings Limited**

Cadbury House, Sanderson Road  
Uxbridge, Middlesex UB8 1DH  
Royaume-Uni

Annulation du demandeur/défendeur

représentée par Bristows, 100 Victoria Embankment, London EC4Y 0DH, Royaume-  
Uni

Les procédures de recours concernant d'annulation no 2147 C (marque  
communautaire no 2 632 529)

LA DEUXIÈME CHAMBRE DE RECOURS

composée de M. T. de las Heras (président), M. G. Bertoli (rapporteur) et  
U. Wennermark (député)

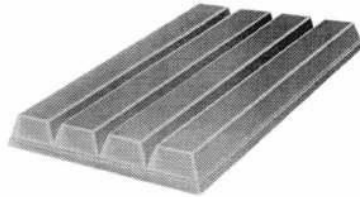
Greffier: PAGE Fernández de Corres López

rend le présent

## Décision

### Résumé des éléments factuels du dossier.

- 1 Par requête déposée le 21 mars 2002, la Société des Produits Nestlé S.A. Marque communautaire (ci-après dénommé «le titulaire») a demandé l'enregistrement de la marque tridimensionnelle suivante pour plusieurs produits de la classe 30:



- 2 Le 24 octobre 2002, l'Office a soulevé une objection contre la marque communautaire sur la base de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire no 2 632 529 en ce qui concerne l'ensemble des produits de la classe 30.
- 3 Le 3 février 2003 et le 11 février 2003, le titulaire de la marque communautaire a présenté ses observations et plusieurs documents en vue de prouver le caractère distinctif de sa marque.
- 4 Le 19 janvier 2004, l'Office a notifié à la requérante sa décision de maintenir le grief uniquement en ce qui concerne les «chocolat, produits à base de chocolat, bonbons, confiserie», et de rejeter partiellement la demande de marque étant donné que le signe était dépourvu de caractère distinctif pour distinguer ces marchandises.
- 5 À la suite d'un recours formé à l'encontre de la décision susmentionnée, le rejet de la marque communautaire en ce qui concerne les «chocolat, produits à base de chocolat, bonbons, confiserie» a été confirmée par la décision du 10 décembre 2004 dans l'affaire R 118/2004-2;
- 6 La demande a été publiée au Bulletin des marques communautaires no 3/2006, du 16 janvier 2006, et la marque a été enregistrée le 28 juillet 2006 pour les produits de la liste ci-dessous:  
  
Classe 30 — Sweets; produits de la boulangerie, pâtisserie, biscuits; gâteaux, gaufres.
- 7 Le 23 mars 2007, Cadbury Schweppes Plc. a déposé une demande en nullité à l'encontre de la marque communautaire no 2 632 529 (ci-après la «marque communautaire»). La demande en nullité était dirigée contre tous les produits visés par la marque communautaire.
- 8 Les motifs de la demande en nullité sont ceux fixés à l'article 52, paragraphe 1, point a), en liaison avec l'article 7, paragraphe 1, point b), c), d) et e), ii), du règlement sur la marque communautaire.

- 9 Le 10 juin 2009, le Bureau a été informé que Cadbury Schweppes Plc a changé de nom à Cadbury Holdings Limited (ci-après «le requérant») de l'annulation.
- 10 Au cours de la procédure de nullité, les parties ont présenté leurs observations ainsi que les pièces justificatives. En ce qui concerne le prétendu caractère distinctif acquis, la division d'annulation a relevé que le titulaire de la marque communautaire a présenté, entre autres, les éléments suivants:
- Une vue d'ensemble à l'échelle mondiale, le chiffre d'affaires et les volumes de vente de publicité au cours de la période 1995-2007 (annexe XI).
  - Un ensemble de quinze documents relatifs à la consommation de «KitKat» au Royaume-Uni, ce qui suggère, entre autres, que la moitié de la population, au moins un «KitKat ate» en 2002 (annexe XII).
  - Une brochure promotionnelle dans laquelle l'histoire du Rowntree Chocolate Crisp, libérés par le Royaume-Uni en 1935 sont présentés. En 1937, le produit a été rebaptisé «KitKat» et la marque a été utilisée au Royaume-Uni depuis (annexe XIV).
  - Une compilation des dates de lancement de la barre chocolatée four-finger dans les différents États membres de l'Union européenne (annexe XV):
    - o Royaume-Uni 1937
    - o Irlande», «fin des années 1940
    - o Italie, années 1960»
    - o La France «1970»
    - o Allemagne 1972
    - o La Belgique, le Danemark et le Luxembourg 1985
    - o Autriche 1988
    - o La Grèce et l'Espagne 1989
    - o Suède 1991
    - o Pays-Bas 1992
    - o Portugal 1998
    - o Finlande «avant 1999».
  - Les chiffres de la société AC Nielsen concernant la commercialisation de la recherche et le classement de marque de la part de marché en 2005, 2006 et 2007. La valeur de marché des parts varient entre 4,5 et 5,5 % pour la Grèce et le Portugal dans le haut de gamme (Espagne notamment supérieure avec une part de marché supérieure à 20 %) et la Suède et la Belgique dans le segment inférieur des chiffres inférieurs à 1 % (annexe XVI). L'Allemagne, le Danemark, la Finlande et le Luxembourg ne sont pas inclus lors de la présentation.
  - Une liste couvrant quelque 100 publicités télévisées dans quatorze des États membres de l'UE (à l'exception de l'Irlande), indiquant la date de l'annonce sur les territoires respectifs. Était joint un CD contenant les fichiers avec des exemples de publicités télévisées en Hongrie, en République tchèque et à Malte (annexe XVII). Aucun des dossiers dans le CD émane du Royaume-Uni (annexe XVII).

- Les données financières internes aux entreprises, de la part de marché, de la publicité et des exemples de publicité, la notoriété de la marque et, le cas échéant, les chiffres présentés pour les États membres concernés.

11 La requérante d'annulation, que la marque contestée avait été utilisée telle qu'enregistrée (c'est-à-dire le logo «KitKat» a été imprimée en sus de chacune des quatre côtés alors que la marque enregistrée n'a pas eu d'empreintes; les barres four-finger dans la plupart des publicités ne sont pas indiquées dans leur intégralité, mais elles ont été presque exclusivement sous la marque de papier indiquée ou feuille) et elle a fait valoir qu'aucun caractère distinctif acquis obtenus grâce à l'usage de la marque ne serait pas pour la large gamme de produits pour lesquels la marque est enregistrée. En ce qui concerne les études de marché (reconnaissance de la marque) présentée par le titulaire de la marque communautaire, l'annulation requérant fait remarquer que la plupart d'entre eux ont été effectués après la date de la demande de la marque contestée, et a critiqué un certain nombre d'enquêtes quant à leur fiabilité (c'est-à-dire les enquêtes en général a invité les défenderesses à spéculer quant à l'origine du produit et sa méthodologie n'était pas suffisamment transparente que des instructions pour les enquêteurs n'ont pas été jointe).

12 Le 11 janvier 2011, la division d'annulation a pris sa décision (ci-après la «décision attaquée»), déclarant la nullité de la marque communautaire et la marque communautaire titulaire est condamnée aux dépens. Dans la décision attaquée, la division d'annulation a motivé comme suit:

- La division d'annulation détient comme irrecevable la demande de nullité fondée sur l'article 7, paragraphe 1, point d), du règlement sur la marque communautaire, dans la mesure où elle se réfère à des rapports après la date de dépôt de la demande de marque communautaire litigieuse.
- À titre liminaire, la division d'annulation indique qu'il ressort des communications de l'Office ainsi que des observations que la raison de l'enregistrement de la marque était une «constatation de caractère distinctif intrinsèque pour les *bonbons, produits de la boulangerie, pâtisserie, biscuits; Gâteaux, gaufres*» dans la classe 30 et que l'Office a estimé que les preuves de l'usage soumises sont jugées insuffisantes pour permettre le prétendu caractère distinctif pour les « *chocolat, produits à base de chocolat, de la confiserie et des bonbons*». La levée des objections n'étaient pas fondées sur une constatation du caractère distinctif acquis, conformément à l'article 7, paragraphe 3, du règlement sur la marque communautaire. La poursuite de l'histoire est décrit par la chambre de recours dans l'affaire R 118/2004-2, point 6, et la constatation de la division d'examen à cet égard a été pleinement confirmée par le conseil d'administration. Ne relevant pas du champ d'application du recours, la question du caractère distinctif intrinsèque de la marque pour des « *bonbons; produits de la boulangerie, pâtisserie, biscuits; gâteaux, gaufres*» qui n'a jamais été examinée par le conseil d'administration.

*Demande fondée sur l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire*

- Biscuits Chocolate-lined s'adressent au plus large des milieux commerciaux. Le consommateur découvre ces marchandises lorsqu'elles sont ainsi son

quotidien des achats en supermarché ou auprès d'un distributeur automatique. En l'espèce, le public pertinent est constitué du consommateur moyen de l'ensemble des régions de l'Union européenne. Ces marchandises sont la facilité de biens et de produits à bas prix. Le niveau d'attention du consommateur n'est généralement pas élevé lorsque ces marchandises sont concernés. Ils sont couramment mis en vente pour la consommation immédiate.

- L'annulation requérant fait valoir que les constatations de la chambre de recours en ce qui concerne l'non-distinctiveness de la marque en ce qui concerne, entre autres, les «chocolat», sont également applicables aux produits pour lesquels la marque est enregistrée. Le titulaire de la marque communautaire a fait valoir que tel n'est pas le cas. D'autre part, lorsque le titulaire de la marque communautaire examine l'étendue de la protection de sa marque, elle se réfère à la marque en tant que «produit couvert biscuit au chocolat».
- S'il est vrai que toute appréciation du caractère distinctif doivent être fondées sur la liste des produits pour lesquels la marque est enregistrée, c'est-à-dire en ce qui concerne l'ensemble des termes «bonbons; produits de la boulangerie, pâtisserie, biscuits; gâteaux, gaufres», mais cela ne donne pas lieu à des restrictions de la richesse des formes. La division d'annulation estime que l'évaluation de la capacité de la marque à servir d'indication de l'origine commerciale doit inclure le domaine de produits concurrents sur le marché. Dès lors, pour apprécier si une forme tridimensionnelle du produit s'écarte de manière significative d'autres formes commercialisables, ces marchandises doivent également être prises en compte qui ne correspondent pas exactement à la liste des marchandises, mais sont, en substance, sur un pied d'égalité avec celle-ci, selon la perception normale du commerce et des conditions de commercialisation (voir les arrêts du 12 janvier 2006 dans l'affaire C-173/04, «Standbeutel», point36, et du 10 mars 2009 dans l'affaire T-8/08, «Forma di una Conchiglia», point23). Le consommateur se heurte à des produits tels que ceux en l'espèce n'a fait valoir de manière isolée, mais comme faisant partie d'une gamme plus vaste de doux à la consommation au cours de courtes interruptions fast-foods, comme les sucreries, produits de boulangerie, pâtisserie, biscuits; les gâteaux et gaufres.
- Les éléments de preuve présentés par les parties montrent différents types de biscuits et gaufrettes, dont la plupart sont recouverts de chocolat. Les photos déposées par le titulaire de la marque communautaire montrent un grand nombre de barres et baguettes, dont la plupart ont une forme allongée, mais qui ne sont pas alignées ensemble. Les éléments de preuve fournis par la requérante en revanche exclusivement montre un certain nombre de bars, ainsi que dans les fours et twos. Même si les éléments de preuve constituent différents segments d'une zone plus vaste de produits concurrents, force est de constater qu'il est d'usage de prendre de tels produits une forme susceptible de briser ou division en petits bits plus commode pour la consommation. La marque contestée est composée de quatre côtés de forme allongée, réunis le long de leurs longs côtés. La projection horizontale sur les quatre côtés montre que les barres ont une forme trapézoïdales l'alignement entre les barres à la base du trapezoids. Étant donné que tous les produits pour lesquels la marque communautaire est enregistrée appartiennent à une

catégorie où les formes des produits, dans une large mesure, sont déterminés par les demandes simples, rapides et aisément boire, manger, la division d'annulation estime que la forme de la marque contestée ne s'écarte pas de manière significative de la norme du secteur. Par conséquent, la marque contestée ne dispose pas de caractère distinctif intrinsèque, conformément à l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire également en ce qui concerne les «bonbons; produits de la boulangerie, pâtisserie, biscuits; Gâteaux, gaufres» dans la classe 30.

*Caractère distinctif acquis, conformément à l'article 52, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire*

- D'abord en ce qui concerne le territoire pertinent, l'article 165, paragraphe 1, du règlement sur la marque communautaire implique qu'à partir de la date de l'adhésion des dix nouveaux États membres le 1 mai 2004, la marque communautaire contestée a été étendue aux nouveaux États membres. Conformément à l'alinéa (4) de ce même article, une marque communautaire ne peut pas être déclarée nulle en vertu de l'article 7 du règlement sur la marque communautaire, les motifs absolus en liaison avec l'article 52 du règlement sur la marque communautaire du seul fait de l'adhésion d'un nouvel État membre. Cela signifie qu'une constatation de l'absence de caractère distinctif intrinsèque d'une marque enregistrée dans un ou plusieurs de ces États ne peuvent être invoqués devant l'Office. Par conséquent, acquis un caractère distinctif dans ces États membres en application de l'article 52, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire n'ont pas à être évalué. En outre, acquis un caractère distinctif dans l'un des nouveaux États membres est dénué de pertinence pour l'appréciation du caractère distinctif acquis dans l'une quelconque des quinze États membres qui étaient membres de l'Union européenne au moment de la demande d'enregistrement de la marque contestée, la division d'annulation n'examinera pas les éléments de preuve présentés par le titulaire de la marque communautaire qui a trait aux dix nouveaux États membres.
- Deuxièmement, le Tribunal a constaté qu'il peut être supposé que le caractère distinctif intrinsèque d'une marque non-word sera la même dans toute l'Union, à moins qu'il existe des éléments concrets en sens contraire. En l'espèce, il en résulte que le défaut de caractère distinctif de la marque contestée en vertu de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire s'applique à l'ensemble des quinze États membres. Cela signifie que le titulaire de la marque communautaire a la charge de prouver que le défaut de caractère distinctif a été surmontés dans tous les territoires concernés.
- La pratique montre encore que les constatations du Tribunal a acquis un caractère distinctif dans l'un ou plusieurs des États membres ne peuvent pas être simplement extrapolées pour les États membres de l'Union européenne où il n'y a pas de chiffres disponibles sur le marché de reconnaissance auprès du public pertinent. En particulier lorsqu'il y a des raisons de penser que le marché n'est pas homogène, le Tribunal a appliqué une norme qui exige que la partie qui demande la preuve de son caractère distinctif acquis de l'ensemble des territoires concernés.

- En troisième lieu, en ce qui concerne la crédibilité des données internes de la société en ce qui concerne la reconnaissance, de la part de marché, chiffre d'affaires etc. la division d'annulation constate que, lorsqu'il est possible de vérifier les chiffres de ceux provenant de sources externes, telles que des études de marché AC Nielsen et instituts indépendants, cette dernière de corroborer les chiffres par la titulaire de la marque communautaire. Néanmoins, ils doivent faire l'objet d'une évaluation au total et en liaison avec le reste des éléments de preuve et les conditions préalables qui doivent être réunies.
- Le titulaire de la marque communautaire a présenté des chiffres de notoriété de onze des quinze États membres qui étaient membres de l'Union européenne au moment de la demande d'enregistrement de la marque contestée. En général, l'Office constate la synthèse des chiffres de différents aspects de la reconnaissance de la manière que le titulaire de la marque communautaire a fait dans son argumentation douteux. Tout type de «provocation» ou «rappel» en ce qui concerne la personne interrogée conduira inévitablement à des résultats qui ne peut être considéré comme objectif. La division d'annulation a, par conséquent, restreint l'examen de ses résultats sans les chiffres de la reconnaissance et, le cas échéant, les chiffres des réponses autres que celles faisant référence à la marque contestée, le titulaire de la marque communautaire ou la «KitKat».
- Aucune notoriété de marque ont été indiqués pour la Grèce, le Portugal, le Luxembourg, l'Irlande et la Belgique, c'est-à-dire cinq des quinze États membres.
- En Irlande, la part de marché de «présentation» est indiquée au KitKat quelque 2 % du marché, le chocolat ainsi que du «segment count-line». La barre four-finger représente environ un quart de cette part de marché, c'est-à-dire 0,5 % d'un marché qui peut être déduite à s'élèvent à 600 millions d'EUR. Une circonstance qui pourrait éventuellement point vers un certain degré de connaissance de la forme de la barre chocolatée parmi le public pertinent en Irlande est l'allégation selon laquelle il a été lancé sur le marché dans les années 1940. Toutefois, étant donné que la présence de la marque prétendument historiques ne sont pas corroborées par d'autres documents permettant l'évaluation de son impact sur le marché, cette circonstance n'est pas, *en soi*, constituer une indication particulièrement utile de la reconnaissance. Cette conclusion est corroborée par l'arrêt du 8 juillet 2009 dans l'affaire T-28/08, «Chocolat bar», point 66. La division d'annulation rejette également les «effets transfrontaliers» de publicités télévisées proposées par le titulaire de la marque communautaire. Avec aucun chiffre du tout pour l'accès des téléspectateurs d'Irlande au Royaume-Uni de télévision etc., toute acceptation par la division d'annulation de la référence au Royaume-Uni, la publicité aurait été fondée sur une simple hypothèse. Dans l'ensemble, les chiffres fournis en ce qui concerne l'Irlande n'étaient pas la constatation que la forme de la marque contestée a acquis un caractère distinctif en Irlande.
- En ce qui concerne le Benelux, les chiffres sont incomplets:
  - o Pour les Pays-Bas, les ventes des barres four-finger représentent entre

25 et -50 % du total des ventes de «KitKat» et quelque 3 % du marché en chocolat qui peut être déduite à s'élèvent à près de 500 millions d'euros par an. Aucun des documents à caractère commercial concernant les Pays-Bas ont été soumis. La marque KitKat nu («reconnaissance») pour les Pays-Bas est de 53 % avec un taux de 34 % d'«autres» et 11 % «ne sait pas». L'étude ne contient que des réponses de 514 personnes interrogées, un certain nombre qui est si faible qu'il est raisonnable de mettre en doute la signification statistique de l'étude.

- o En outre, la Belgique est célèbre pour le chocolat fabriqué dans le pays, les chiffres de la notoriété de la marque ne peut pas être extrapolée au pays voisin. La part de marché par rapport à l'ensemble du marché de chocolat n'a pas été présenté, ce qui signifie qu'il n'est pas possible d'en déduire le volume de marché de chocolat en tant que tel en Belgique. La part de marché de la barre four-finger count-line» dans le «segment est indiqué un pourcentage d'environ 1 %. Les éléments de preuve présentés par le titulaire de la marque communautaire ne peut être interprété comme indiquant que la forme de la marque contestée a acquis un caractère distinctif en Belgique.
  - o Aucun des chiffres distincts sont disponibles pour le Luxembourg.
- La part de marché relativement élevé au Portugal, où la barre four-finger peut être estimée à 20 % du segment «countline» et environ 15 % du total du marché en chocolat, devraient être évaluées sur un marché relativement petit de chocolat qui peut être déduite d'un montant de 25 à 30 millions d'euros par an. La part de marché ne peut à elle seule être prise comme une preuve suffisante du caractère distinctif acquis.
  - La part de marché de la barre four-finger en Grèce varie de 0.5 à 1,5 % sur un marché d'une valeur de 75 à 90 millions d'EUR par an. Ici aussi, les éléments de preuve ne peut être considéré comme une indication claire que la forme de la marque contestée a acquis un caractère distinctif en Grèce.
  - Sur la base des rares éléments de preuve relatifs au Portugal et en Grèce, le fait que le titulaire de la marque n'a pas réussi à démontrer le niveau de sensibilisation du public de la marque contestée dans ces pays devient l'élément déterminant. Le degré de caractère distinctif de la marque contestée dans ces deux pays est, par conséquent, insuffisante pour échapper au motif absolu visé à l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire conformément à l'article 52, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire.
  - En ce qui concerne les trois pays nordiques, le sondage réalisé en 2008 indique que 30 % des enquêtes correspondantes sans reconnaissance au Danemark et en Suède a envers un peu plus élevé sans aide à la reconnaissance des diplômés; 37 % et 62 %, respectivement. En ce qui concerne la Finlande, la division d'annulation estime que les chiffres de la notoriété de la marque ne permettent pas de conclure que la forme de la marque contestée a acquis un caractère distinctif. Les éléments de preuve relatifs à la publicité est faible. La publicité télévisée et Internet, aux



promotions relatives à la Suède et le Danemark ne peuvent pas simplement être présumée couvrir la Finlande également. La partie de la population suédophone de la Finlande est inférieur à 5 %, et l'utilisation des médias danois en Finlande est négligeable.

- En ce qui concerne la Suède, notamment, la Cour d'appel en matière de brevets était réticent à utiliser les 68 % de reconnaissance de l'enquête de 2005 pour servir de base à la constatation d'une barre four-finger avait acquis un caractère distinctif en Suède. L'enquête de 2008 révèle un faible degré de reconnaissance nu; DE 51 %. Les questions de méthodologie critiquée par la Cour d'appel en matière de brevets ne semblent avoir été en partie surmontés, le nombre de réponses a été doublée. Encore un fait est cependant que les entretiens en Suède (ainsi qu'au Danemark) n'ont été effectuées dans ces deux villes. Cela réduit la fiabilité des résultats. En outre, il convient de tenir compte du fait que le taux de réponse relatifs aux produits des concurrents était de 35 %, avec 11 % des personnes interrogées indiquant qu'elles la barre four-finger simplement perçu comme étant «une barre chocolatée». Pour la Suède, les chiffres correspondants étaient de 19 % et 24 %. Compte tenu des faibles parts de marché relativement faibles et les frais de publicité, la division d'annulation a, en conséquence, conclut qu'il est peu probable que la forme de la marque contestée est parvenue à servir d'indicateur de l'origine commerciale «KitKat des barres chocolatées en Suède et au Danemark.
- En ce qui concerne l'Autriche, la division d'annulation s'interroge sur la raison et sans conclusion catégorique que la reconnaissance est «prépondérant». Tout d'abord, l'enquête sur la base d'un échantillon de 264 personnes interrogées simplement ce qui rend le résultat statistiquement incertaine. Deuxièmement, aucun des chiffres réels ont été signalées à l'appui de la conclusion. Les chiffres de vente de 1 millions d'euros par an dans un marché de 50 EUR à 100 million d'euros ne conduisent pas en soi de la forme de la barre chocolatée a acquis un caractère distinctif en Autriche. En ce qui concerne la publicité, la division d'annulation réfute la référence du titulaire d'une marque communautaire à la télévision allemande, la publicité étant accessibles au public autrichien. Indépendamment du fait que les deux pays partagent l'allemand, il est un fait qu'elles constituent deux nations avec leurs propres chaînes de télévision nationales. L'accès à la chaîne de télévision en dehors des émissions de télévision de service public résulte de la disponibilité des réseaux. Sans documentation à l'appui de cette allégation, par exemple, les chiffres réels des Autrichiens regarder les chaînes de télévision allemandes, la division d'annulation ne saurait fonder la constatation d'une forte sensibilisation du public de la marque sur la simple affirmation de cet accès.
- Par conséquent, l'Irlande, la Grèce, la Belgique, la Finlande, la Suède, le Danemark, l'Autriche, le Portugal et le Luxembourg, la division d'annulation estime que les preuves soumises n'étaye pas le prétendu caractère distinctif acquis.
- En dépit d'une part de marché relativement faible en Allemagne, en tenant compte des chiffres de ventes et le volume du marché, le niveau très élevé des décisions et les frais de commercialisation présentés par les juridictions allemandes, la division d'annulation aura pour un fait que la barre four-finger a acquis un caractère distinctif dans ledit État membre. Conclusions

correspondantes s'appliquent à l'Italie, à l'Espagne, à la France et au Royaume-Uni, où les chiffres de vente, les parts de marché et les dépenses publicitaires sont accompagnées des chiffres sans reconnaissance d'environ 40 % ou plus et à des taux relativement faibles de réponses indiquant que la barre chocolatée est perçue à utiliser par les concurrents ou d'être perçue comme purement générique.

- Aux fins de l'évaluation du caractère distinctif de la marque contestée dans les quinze États membres dans son ensemble, la division d'annulation doit examiner s'il pouvait être implicite de marché que le chocolat est homogène dans l'Union européenne et s'en fait le haut degré de reconnaissance sur la base de l'utilisation extensive de longue date dans un certain nombre de grands États membres permettrait une extrapolation du niveau de connaissances dans les États membres où il n'existe pas de preuves ou si les éléments de preuve ne sont pas probants. Le marché du chocolat pour les sept États membres dans lesquels la marque contestée a acquis un caractère distinctif est considérablement plus important que le marché cumulé dans les huit États membres que si les éléments de preuve ne soutient pas une telle conclusion. Les produits pour lesquels la marque contestée a été enregistrée sont de consommation de masse de biens de consommation. Les preuves soumises a montré que, sur les marchés concernés pour les produits en chocolat varient entre les États membres. Par exemple, les gouvernements suédois, danois et finlandais, marchés réunis sont environ de la même taille que le chocolat en France, en dépit du fait que la population française est trois fois plus grande. Dans les États membres ayant une forte tradition de chocolat, comme la Belgique, les chiffres relatifs aux parts de marché soumises par la titulaire de la marque communautaire implique que le chocolat du marché s'élève à 250 millions d'euros par an. Cela doit être comparé avec, par exemple, le marché du chocolat allemand qui pourrait être estimé à 600 millions d'euros par an dans un des huit fois supérieur à celui de la population belge. Il s'agit là d'un indice fort que le marché du chocolat au sein de l'Union européenne diffère sensiblement entre les États membres et sont loin d'être homogènes.
- Dans le cas du barreau Chocolat mentionnés précédemment (T-28/08, loc. cit., points 57 à 61), le Tribunal a appliqué un raisonnement correspondant après avoir attentivement examiné les chiffres pour le chocolat sur le marché de certains des États membres de l'Union européenne. Par conséquent, la division d'annulation d'extrapoler les résultats n'aura pas de caractère distinctif acquis par l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, la France et le Royaume-Uni pour les territoires où les éléments de preuve sont faibles à cet égard. En outre, il va de soi qu'il ne serait pas du tout possible de le faire pour les États membres dans lesquels la division d'annulation a constaté que les éléments de preuve montrent clairement que la marque contestée n'a pas acquis de caractère distinctif. Par ailleurs, elle découle de l'article 7, paragraphe 2, la CMR qu'un motif absolu étant applicable dans un État membre ou plus, rend le terrain applicable à la marque communautaire en tant que telle.
- Compte tenu de ce qui précède, il est considéré que la marque contestée a été enregistrée en violation de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire. Le titulaire de la marque communautaire n'a pas démontré que la marque a acquis un caractère distinctif conformément à

l'article 52, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire. Par conséquent, conformément aux dispositions de l'article 52, paragraphe 1, point a), du règlement sur la marque communautaire, la marque est déclarée nulle dans son intégralité.

- Dans la mesure où la requérante a réussi à sa demande en nullité de la marque communautaire en vertu de l'article 7, paragraphe 1, point b), en liaison avec l'article 52, paragraphe 1, point a), CMTR, il n'est pas nécessaire d'analyser davantage la demande du requérant en nullité formulée sur la base de l'article 7, paragraphe 1, point c), c), d) et e), ii), du RMC en liaison avec la même disposition.
- 13 Le 9 mars 2011, la titulaire de la marque a formé un recours contre la décision litigieuse dans son ensemble. Un exposé des motifs a été déposé le 11 mai 2011.
  - 14 Le pourvoi a été transmis à la division d'annulation pour examen conformément à l'article 62 du règlement sur la marque communautaire et a été déféré aux chambres de recours le 30 mai 2011.
  - 15 Le 1 août 2011, l'annulation requérant a présenté ses observations en réponse.
  - 16 Le 29 juin 2012, le titulaire de la marque communautaire a envoyé des observations concernant l'arrêt rendu par la Cour de justice le 24 mai 2012 dans l'affaire C-98/11 P, « Hase ». Annulation de la requérante a répondu le 3 juillet 2012.
  - 17 Le 31 octobre 2012, le titulaire de la marque communautaire a présenté une décision de l'Office tchèque de la propriété intellectuelle (rejetant l'opposition contre une marque identique à la marque communautaire et qui a été enregistrée sur la base d'un caractère distinctif acquis), un arrêt de la Cour supérieure de Madrid (reconnaissant à la fois intrinsèque et acquis un caractère distinctif à une marque identique à la marque communautaire, mis à part le fait qu'il comportait deux au lieu de quatre bars) et une décision de l'Office de la propriété intellectuelle de l'irlandais (l'acceptation de l'enregistrement d'une marque identique à la marque communautaire sur la base d'un caractère distinctif intrinsèque). Annulation de la requérante a présenté ses observations à cet égard le 5 novembre 2012.

### **Moyens et arguments des parties**

- 18 Titulaire de la demande de marque communautaire, la chambre d'annuler la décision attaquée et de rejeter la demande de nullité, confirmant la validité de sa marque. En outre, le titulaire de la marque communautaire à la demande d'annulation pour la requérante à supporter les dépens de l'instance, au pourvoi et en première instance. Ses arguments peuvent être résumés comme suit:
  - En ce qui concerne le point 19 de la décision attaquée, la marque communautaire titulaire conteste les conclusions des points 6 et 12, à savoir qu'aucun des fichiers du CD-ROM joint en annexe XVII émanent du Royaume-Uni et que la cour d'appel des brevets suédoise avait constaté que la forme était dépourvu de caractère distinctif, et souligne que des publicités

télévisées sur les quatre mentionnées au point 10 ne sont pas seulement «radiodiffusion» en France, mais aussi en Belgique.

- Aucun des barres et bâtons indiquée par le titulaire de la marque communautaire à l'instar de forme trapézoïdale est un individu four-finger doigts de la forme. La forme de l'individu est unique et sans précédent. Pour cette seule raison, l'impression d'ensemble de la forme four-finger s'écarte de manière significative de la norme du marché.
- Les éléments de preuve présentés par la requérante en annexe 1 à 10 d'annulation ne peut porter préjudice au caractère distinctif intrinsèque four-finger pour la forme. Aucun des produits figurant dans ces documents se trouvaient sur le marché à la date du 21 mars 2002. En effet, la division d'annulation a jugé «manifestement» d'usage n'a rien à voir avec les exigences en matière de simple, rapide et pratique de boire, manger, mais montre la grande importance de la réputation de la forme et de la volonté des four-finger sur le marché, soit de tirer indûment profit de cette renommée. Ces produits éventuellement constituer une violation sur le droit de marque du titulaire d'une marque communautaire à la forme four-finger et, pour cette raison, certains d'entre eux ont été contesté.
- La personne concernée devrait être défini comme le «consommateur européen» au lieu de «consommateur moyen de toutes les zones géographiques de l'Union européenne».
- Le caractère distinctif de la marque doit être apprécié en ce qui concerne la liste des produits pour lesquels la marque est enregistrée. La division d'annulation a indiqué à tort que l'appréciation de la marque de capacité à servir d'indication de l'origine commerciale doit inclure le «domaine de produits concurrents sur le marché» et, par la suite, mal apprécié en ce qui concerne «les différents segments d'une zone plus vaste de produits concurrents», parmi lesquels figurent le chocolat et les produits en chocolat, ce qui est incohérent.
- La division d'annulation a commis une erreur en jugeant que l'absence de caractère distinctif doit avoir été surmontés dans l'ensemble des quinze États membres. Sur le territoire de l'Union européenne doit être considéré dans son ensemble et non en tant que quinze États membres (les analyses séparées et proposition de l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence dans son étude sur le fonctionnement global du système des marques en Europe en ce qui concerne le caractère unitaire de la marque communautaire est souligné). Dans le cadre de ce concept, il est intéressant d'examiner la répartition de la population de l'UE sur le territoire de l'Union européenne.
- La population des cinq mentionné clairement les États membres dans lesquels la division d'annulation a conclu que le signe a acquis un caractère distinctif (l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni, l'Italie et l'Espagne) représentent 79,2 % de la population totale des quinze États membres pertinents dans le cadre de la présente procédure, qui passe à 83,4 % lorsque les Pays-Bas est incluse (selon le titulaire de la marque communautaire, il y a lieu de manière qu'elles ne sont pas mentionnées par la division d'annulation lorsqu'elle a

identifié les neuf États membres dans lesquels le caractère distinctif des signes).

- En outre, la titulaire de la marque communautaire n'est pas uniquement se fonder sur l'argument selon lequel les éléments de preuve concernant le caractère distinctif acquis dans certains États membres peut être extrapolée à d'autres États membres, mais indique effectivement la preuve d'utilisation extensive, la publicité et la reconnaissance sur le marché dans ces États membres. Ainsi, elle a fourni de nombreux éléments de preuve concernant les neuf autres États membres ou, à tout le moins, dans une partie du territoire de l'Union où une plus grande partie du public pertinent des vies.
- La division d'annulation a mal interprété l'arrêt du 8 juillet 2009 dans l'affaire T-28/08, «la forme d'une barre chocolatée». Le Tribunal n'a pas appliqué une norme qui exige que, lorsqu'il y a des raisons de penser que le marché n'est pas homogène, la partie qui invoque le caractère distinctif acquis est de démontrer la preuve de l'ensemble des territoires concernés. En revanche, le titulaire de la marque communautaire est d'avis que lorsqu'il y a des raisons de penser que le marché n'est pas homogène, le Bureau devrait prendre les différences dans ces sous-marchés en considération lors de l'appréciation des éléments de preuve concernant l'acquisition d'un caractère distinctif, en ce sens que plus le sous-marché pertinent, la plus grande valeur ajoutée devrait être accordée, par exemple, à la reconnaissance du marché. À cet égard, le titulaire de la marque communautaire count-line soutient les graphiques de l'ensemble du marché de l'UE et du marché total de chocolat dans l'UE (annexe A5), dont il ressort que les cinq pays où a été reconnu un caractère distinctif acquis par la division d'annulation représentent près de 82 % de la totalité du marché de l'UE/count-line de chocolat.
- En ce qui concerne les études de marché, la division d'annulation a mal introduit en tant que norme de marché sans reconnaissance de 40 % ou plus suffirait pour la constatation du caractère distinctif acquis. Cette limite absolue n'existe pas, conformément aux arrêts dans les affaires C-108/97 et C-109/97, «Chiemsee». Cette limite devrait être rejeté comme étant dénué de fondement et arbitraire, unmotivated.
- Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, en tenant compte de la répartition de la population de l'UE sur le territoire de l'UE et en tenant compte des sous-marchés, titulaire de la marque communautaire fait valoir que sans reconnaissance de marché de 20-30 % dans de petits marchés (plus) devrait suffire pour la constatation du caractère distinctif acquis.
- La division d'annulation a limité à tort l'examen des résultats des études de marché sans les chiffres de la reconnaissance. Considérant que la «sans réponse» donne un aperçu des plus importants du consommateur, une association avec la marque «bénéficiant» de la question, pour autant qu'elle soit établie correctement (c'est-à-dire lorsqu'il lui est demandé après la première question), nu est un complément précieux qui ne devraient pas être simplement négligée. Y compris les «questions» bénéficiant de l'aide est conforme à ce qui peut être exigée des études scientifiques destinées à mesurer le caractère distinctif des signes.

- La division d'annulation a pris une mauvaise approche en ne prenant pas en compte les réponses dans les études de marché qui se rapportent aux produits, étant donné que le nom du concurrent d'une entreprise lorsqu'ils sont confrontés à la signer prouve le fait que cette forme est parvenue à servir d'indication d'origine.
- La conclusion selon laquelle les preuves soumises n'étaye pas la distinction acquies alléguée découle d'une interprétation erronée. Le titulaire de la marque communautaire explique quelles auraient dû être les conclusions de la division d'annulation pour chaque État membre, après avoir apprécié ces éléments de preuve. En outre, la titulaire de la marque communautaire fait valoir devant la chambre de recours des preuves supplémentaires afin de prouver que sa marque a acquis un caractère distinctif dans les neuf autres États membres (Enclosures A6 à A16).
- Les consommateurs européens ne sont pas liés à un État membre puisqu'ils ont la liberté de circulation au sein de l'ensemble de l'Union européenne. Dès lors, ils sont confrontés à des produits et à la publicité pour ces produits dans des pays autres que leur pays d'origine et parce que des transports internationaux, lorsque la forme d'un produit typique four-finger devra être trouvé. Le titulaire de la marque communautaire «transfrontaliers» présente des éléments de preuve à l'appui de cet argument (annexe A17).
- Justification au titre de l'article 7, paragraphe 1, point c), c), d) et e), ii), du RMC ne font pas partie de l'objet de la présente procédure de pourvoi étant donné que la division d'annulation n'a pas considéré qu'il était nécessaire de poursuivre l'analyse de la demande de la requérante d'annulation invalidly formulée sur ces motifs. Le conseil d'administration devrait néanmoins se sentir obligés d'examiner ces motifs, il y a lieu de revoir entièrement la défense soulevées par le titulaire de la marque à l'encontre de ces motifs, dans un premier temps, et de tenir compte de tous les éléments de preuve produits à cet effet.

19 La requérante estime que l'annulation de la décision attaquée est correcte étant donné que la division d'annulation a correctement appliqué la législation pertinente, fait une exacte appréciation du défaut de caractère distinctif de la marque en vertu de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire. Il invite le Conseil à rejeter le pourvoi et condamner le titulaire de la marque communautaire à supporter les dépens de l'instance. Ses principaux arguments peuvent être résumés comme suit:

- Cette forme n'a été enregistrée en Suède en vertu de l'article 6 de la convention de Paris, du principe de « telle-quelle»
- Il est surprenant de constater que l'enregistrement a été accordé pour des «bonbons; produits de boulangerie, pâtisserie, biscuits, gâteaux et gaufres» compte tenu de la similitude et de l'identité de ces produits avec les produits pour lesquels la protection a été refusée, le titulaire de la marque communautaire qui permet néanmoins de faire valoir sa marque à l'encontre des tiers l'utilisation de formes similaires en ce qui concerne les produits pour lesquels elle a été refusée à l'enregistrement.

- Les consommateurs n'ont pas l'habitude de faire des hypothèses sur l'origine du produit vendu dans cette forme, étant donné que c'est toujours la vente et la publicité ainsi que des termes et des éléments graphiques très importants tels que «KIT KAT» et les slogans «SONT A PAUSE... SONT A KIT KAT» et «SONT A PAUSE». Les termes «KIT KAT» apparaît dans la partie supérieure des produits vendus sous la forme des marques en eux-mêmes et, par conséquent, la marque n'est jamais utilisée sous sa forme enregistrée.
- Même s'il ne s'agit pas d'une obligation dans le cadre du présent moyen d'invalidité, Cadbury a présenté des éléments de preuve afin d'établir la prévalence d'un certain nombre de marchandises de forme similaire à la marque qui étaient disponibles sur le marché avant le 21 mars 2002. Ces produits sont fabriqués aux paramètres très similaires à la marque, qui sont nécessaires à la production de ces produits. La Commission fait valoir que les éventuelles petites différences ne sera pas relevé par les consommateurs, qui traditionnellement ne paient pas une grande attention aux paramètres de collation de faible valeur exacte de ces produits. En conséquence, la constatation que la forme représentée par la marque ne s'écarte pas de manière significative de la norme du marché est tout à fait correcte sur la base des éléments de preuve produits devant lui.
- Comme nous l'avons en relation avec l'article 7, paragraphe 1, point e) ii), du règlement sur la marque communautaire, la forme de la marque constitue une forme est nécessaire pour obtenir un résultat technique. Il est, dès lors, déraisonnable de tenter de monopoliser une forme qui est courante sur le marché en raison de la demande des consommateurs en pratique goûter des produits susceptibles d'être séparées en pièces, et à supposer que les autres producteurs ne sont tout simplement l'intention de prêter à confusion avec des produits Nestlé.
- La division d'annulation indique clairement que l'appréciation du caractère distinctif doit être fondée sur les produits pour lesquels la marque est enregistrée et correctement prend en compte le domaine des formes et des produits qui sont sur un pied d'égalité avec ces produits, selon la perception normale du commerce et des conditions de commercialisation. Par ailleurs, la Cour de justice a estimé qu'il est particulièrement opportun de prendre en compte un large secteur lorsque la marque est constituée de la forme tridimensionnelle de l'emballage des produits en cause (voir l'arrêt du 12 janvier 2006 dans l'affaire C-173/04). En tout état de cause, les éléments de preuve à la division d'annulation se compose principalement d'évaluer différents types de chocolate-coated biscuits et gaufrettes, «biscuits» ainsi que les «bonbons».
- La législation est claire en ce qui concerne le territoire pertinent qui doit être pris en considération pour apprécier si la marque a acquis un caractère distinctif à un degré suffisant pour parvenir à une protection en tant que marque communautaire: il faut démontrer que la marque est distinctive dans chaque État membre. Nestlé ne démontraient pas le caractère distinctif acquis pour la majorité des États membres. Il n'apparaît pas clairement pourquoi un pourcentage de reconnaissance devrait être accordé plus de poids sur un marché d'une plus petite taille de la population à un marché plus vaste; il est toujours destiné à indiquer le pourcentage de la population qui reconnaisse la

forme. Il n'est pas opportun d'extrapoler des preuves d'un marché à l'autre parce qu'elles ne sont pas homogènes. La division d'annulation a utilisé la méthode correcte d'apprécier le caractère distinctif dans tous les États membres à la fois à la lumière des observations déposées à l'époque où il a pris sa décision et compte tenu de la nature des marchés en cause.

- Le seul résultat serait de toute pertinence doivent être ceux émanant de la première question de chaque enquête. Les étapes ultérieures, les participants ont été invités à spéculer quant à la société que le produit représente. Le caractère limité de la comptabilisation initiale montre que le consommateur n'est pas habitué à voir une forme du produit en tant que marque.
- Les études de marché ont été réalisées, dans la plupart des cas, cinq à six ans à partir de la date d'introduction de la demande de la marque. Elles n'indiquent pas le degré de connaissance de la marque à cette même date et doit être écartée sur cette seule base.
- Annexes A6 à A17 et les observations doivent être écartés comme éléments de preuve consistant en des faits, preuves ou arguments qui auraient pu et dû être présentés à la division d'annulation, dès lors qu'il ne peut pas être inscrit au stade du pourvoi. Néanmoins, l'annulation requérant apporte quelques points de synthèse, telles que les enquêtes ont été menées presque dix ans après la date de dépôt et ne peuvent donc pas être prises en considération comme indiquant le degré de reconnaissance sur le marché à l'époque, étant donné que les conditions du marché ne peut être présumée avoir est restée la même au cours de cette longue période, ou que l'enquête ne porte que sur une preuve de chocolat et de produits non couverts des plaquettes à pâtisserie, boulangerie, pâtisserie ou waffle produit. Elle conclut que Nestlé a présenté la moindre preuve supplémentaire démontrant que la marque a acquis un caractère distinctif dans tous les pays pour toutes les marchandises qu'il prétend préalablement à son application.
- Si le comité venait à annuler la décision litigieuse, les motifs d'annulation présentée sur le fondement des articles 7 (1) (c), (d) et (e), ii), du RMC doit être examinée par le conseil d'administration, ou il y a lieu de renvoyer l'affaire à la division d'annulation à titre onéreux.

### **Motifs**

- 20** Le recours est conforme aux articles 58, 59 et 60, du règlement sur la marque communautaire et de la règle 48 CTMIR. Il est, par conséquent, recevable.
- 21** Le conseil d'administration relève t il des motifs que de la demande de déclaration de nullité invoqué par l'annulation requérant étaient celles prévues à l'article 52, paragraphe 1, point a), en liaison avec l'article 7, paragraphe 1, point b), c), d) et e), du règlement sur la marque communautaire et que, dans la mesure où l'annulation requérant parvenue à sa demande en nullité de la marque communautaire en vertu de l'article 7, paragraphe 1, point b), en liaison avec l'article 52, paragraphe 1, point a), CMTR, la division d'annulation n'a pas jugé nécessaire de poursuivre l'analyse de la demande de la requérante d'annulation invalidly formulées sur les autres motifs. Par conséquent, le Conseil commencera



par déterminer si la constatation susmentionnée peut être confirmée et ne pourra procéder à l'évaluation des motifs énoncés à l'article 52, paragraphe 1, point a), en liaison avec l'article 7, paragraphe 1, point c), c), d) et e), du règlement sur la marque communautaire, le cas échéant.

*L'article 52, paragraphe 1, point a), en liaison avec l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire*

- 22 L'article 52, paragraphe 1, point a), du RMC détermine:
- «1. La marque communautaire est déclarée nulle sur demande présentée auprès de l'Office ou sur demande reconventionnelle dans une action en contrefaçon:
- (a) lorsque la marque communautaire a été enregistrée contrairement aux dispositions de l'article 7;»
- 23 En vertu de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire, les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif sont refusées à l'enregistrement.
- 24 Selon une jurisprudence constante, les signes visés à l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement no 40/94 sont considérés comme incapables d'exercer la fonction essentielle de la marque, à savoir celle d'identifier l'origine commerciale des produits ou des services, permettant ainsi au consommateur qui les a acquises de répéter l'expérience, si elle s'avère positive, ou de l'éviter, si elle s'avère négative, lors d'une acquisition ultérieure ( voir arrêt du 15 décembre 2005, T-262/04, «Briquet à pierre, point 20 et la jurisprudence qui y est citée).
- 25 Il y a lieu de relever que les dispositions de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire ne fait pas de distinction entre différentes catégories de marques. En conséquence, il n'y a pas lieu d'appliquer des critères plus sévères lors de l'appréciation du caractère distinctif des marques figuratives constituées de la représentation fidèle du produit lui-même que dans le cas d'autres catégories de marques (voir, par analogie, arrêt du 3 décembre 2003, T-305/02, «Forme d'une bouteille, point 35). À cet égard, 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 (voir arrêt du 25 octobre 2007 dans l'affaire C-238/06 P, « Plastikflaschenform», point 80).
- 26 Le caractère distinctif d'une marque doit être apprécié, d'une part, par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement ou la protection de la marque est demandé et, d'autre part, par rapport à la perception qu'en a le public pertinent, qui est constitué de consommateurs moyens desdits produits ou services (voir arrêt du 29 septembre 2009, T-139/08, «Smiley», point 15 et la jurisprudence qui y est citée). La manière dont le public pertinent perçoit une marque est influencée par son niveau d'attention, qui est susceptible de varier en fonction de la catégorie de produits ou de services en cause [voir arrêt du 12 septembre 2007, T-358/04, « Mikrophon », point 40). Biens de consommation quotidienne qui sont vendus à des prix relativement bas, le niveau d'attention du consommateur moyen à l'égard de leur apparence n'est pas élevé par conséquent ( voir l'arrêt du 17 janvier 2007 dans l'affaire T-283/04, «Motif d'essuie-tout », point 41).

- 27 Néanmoins, aux fins de l'application de ces critères, la perception du public pertinent n'est pas nécessairement la même dans le cas d'une marque à trois dimensions, qui est 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. Les consommateurs moyens n'ont pas l'habitude de faire des suppositions sur l'origine des produits à partir de leur forme ou de la forme de leur emballage, en l'absence de tout élément verbal ou graphique, et il pourrait donc s'avérer plus difficile d'établir le caractère distinctif à l'égard d'une telle marque tridimensionnelle par rapport à celui d'une marque verbale ou figurative (voir arrêt du 22 juin 2006 dans l'affaire C-25/05 P, «Sweet cape», point 27).
- 28 La nouveauté ou l'originalité ne sont pas des critères pertinents dans l'appréciation du caractère distinctif d'une marque, de sorte que, pour une marque tridimensionnelle enregistrée, il ne suffit pas qu'elle soit originale, mais il faut substantiellement différentes formes de base des produits en cause, communément utilisées dans le commerce, et pas comme une simple variante de ces formes [voir arrêt du 30 avril 2003, Brown, T-324/01 et T-110/02, on entend par «lingot doré en forme de cigares et de forme», point 44]. Cela étant, l'appréciation du caractère distinctif de ces signes doit reposer sur l'hypothèse que seule une marque qui, de manière significative, diverge de la norme ou des habitudes du secteur et, de ce fait, remplit sa fonction essentielle d'origine n'est pas dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire (voir l'arrêt du 12 janvier 2006 dans l'affaire C-173/04 P, «Standbeutel», point 31).
- 29 La jurisprudence confirme que, plus la forme dont l'enregistrement est demandé en tant que marque se rapproche de la forme la plus probable que prendra le produit en cause, plus il est vraisemblable que ladite forme est dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire (voir les arrêts du 29 avril 2004 dans les affaires jointes C-473/01 P et C-474/01 «Tabs», point 39).
- 30 Dès lors, lorsqu'une marque tridimensionnelle est constituée de la forme du produit pour lequel l'enregistrement est demandé, le simple fait que cette forme soit une variante d'une forme de ce type de produits ne suffit pas à établir que la marque n'est pas dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement no 40/94. Il faut toujours de vérifier si une telle marque permet au consommateur moyen de ce produit, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, de distinguer le produit concerné de ceux d'autres entreprises sans procéder à un examen analytique et sans en accordant une attention particulière (voir arrêt du 8 juillet 2009, T-28/08, «la forme d'une barre chocolatée», point 32, et la jurisprudence qui y est citée).
- 31 Afin de déterminer si une forme composée de plusieurs éléments peut être perçue par le public comme une indication d'origine, l'impression d'ensemble produite par cette combinaison doit être analysé (voir arrêt du 19 septembre 2001, T-129/00, «Tabs — rectangulaire — noir et blanc», point 54).
- 32 D'autre part, il y a lieu de rappeler que, selon la jurisprudence, un signe qui est excessivement simple et est constitué d'une figure géométrique de base, telle qu'un cercle, une ligne, un rectangle ou un pentagone conventionnel, n'est pas

susceptible, en tant que tel, de transmettre un message dont les consommateurs peuvent se souvenir, de sorte qu'ils ne seront pas comme une marque, à moins qu'il ait acquis un caractère distinctif par l'usage (arrêt de la Cour du 12 septembre 2007 dans l'affaire T-304/05, « Pentagone », point 22).

- 33 En l'espèce, les produits en cause sont des «bonbons; produits de la boulangerie, pâtisserie, biscuits; gâteaux, gaufres», qui sont des produits de restauration rapide, doux à la consommation courante. Il s'agit, en conséquence, de produits à l'intention du grand public, qui peuvent les trouver dans un large éventail de commerces et à des prix relativement bas. Par conséquent, l'attention du consommateur n'est pas élevée par rapport à ces produits.
- 34 Le signe en cause est un signe tridimensionnel qui, selon la représentation graphique présentée, de forme trapézoïdale, se compose de quatre bars alignés sur une base rectangulaire. Le bar est, en soi, une forme allongée, ce qui en l'espèce a une section trapézoïdale.
- 35 En outre, il est un fait notoire que les formes de forme allongée sont utilisées en relation avec les produits en cause ( «bonbons; produits de la boulangerie, pâtisserie, biscuits; gâteaux, gaufres») et, par conséquent, de ne pas s'écarter de manière significative de la norme et des habitudes du secteur concerné. Par ailleurs, le terme «barre» lui-même suggère que la forme du produit qu'elle décrit est allongée. Il s'agit d'une forme qui vient naturellement à l'esprit du consommateur de produits de consommation de masse comme les produits concernés (voir, arrêt du 8 juillet 2009, T-28/08, «la forme d'une barre chocolatée», point 31 et la jurisprudence qui y est citée). En ce qui concerne le présent, il est observé que la marque communautaire titulaire affirme dans son exposé des motifs que «la division d'annulation a à juste titre que les éléments de preuve produits par Nestlé montre un grand nombre de barres et baguettes, dont la plupart ont une forme allongée, mais qui ne sont pas alignées ensemble» (voir point 24 de l'exposé des motifs de la requête en pourvoi).
- 36 Un trapézoïdale compte parmi les formes géométriques de base, avec, par exemple, un carré, un triangle ou un cercle, de rectangle et que par conséquent, une forme trapézoïdale est, à tout le moins, une forme excessivement simple n'est pas susceptible, en tant que tel, de transmettre un message dont les consommateurs peuvent se souvenir (voir, à cet égard, l'arrêt du 12 septembre 2007 dans l'affaire T-304/05, «Pentagone», point 22). Une telle base de forme simple et ne saurait permettre aux consommateurs, qui n'ont pas l'habitude de faire des hypothèses sur l'origine des produits sur la base de leur forme (voir l'arrêt du 22 juin 2006 dans l'affaire C-25/05 P, «Sweet cape», point 27), à identifier la provenance des produits qu'elle couvre et à les distinguer de ceux d'autres entreprises.
- 37 Le fait que le signe est composé des quatre mêmes barres alignés sur une base rectangulaire n'apporte aucun élément ou caractéristique frappante que constitue le caractère distinctif de la marque à être perçue comme un code d'identification d'entreprise par le public pertinent, étant donné que les consommateurs devraient voir dans les côtés seulement une partie du produit.
- 38 Ainsi, compte tenu de la marque dans son ensemble, c'est-à-dire quatre trapézoïdales barres alignés sur une base rectangulaire, il n'est ici aucun aspect de la

marque litigieuse qui peut être facilement et immédiatement mémorisé par le public présentant un niveau d'attention normal et non préalablement exposés à la signer et l'éducation, et qui permettrait d'être perçue d'emblée comme une indication de l'origine commerciale des produits en cause. Par conséquent, il est conclu que l'impression globale qui est donnée par la marque ne présentent aucun caractère distinctif intrinsèque qui permet aux consommateurs, dont le niveau d'attention dans le cas d'espèce n'est pas particulièrement élevé, pour distinguer l'origine des produits industriels.

- 39 Selon une jurisprudence constante, c'est la requérante (*mutatis mutandis*, le titulaire de la marque communautaire dans le cadre de la présente affaire), qui doivent fournir des indications précises démontrant que la marque a un caractère distinctif intrinsèque [voir arrêt du 23 septembre 2009, T-396/07, «identifiant unique», point 26).
- 40 En l'espèce, le titulaire de la marque communautaire fait observer qu'aucun des barres et bâtons soumis devant la division d'annulation a une forme trapézoïdale, comme les doigts (bars) du signe, et conclut, par conséquent, que la forme de la personne est unique et sans précédent, qui constitue le signe d'une impression d'ensemble qui s'écarte de manière significative de la norme du marché. Ainsi, le titulaire de la marque communautaire, qui précise que cette marque de forme trapézoïdale affecte l'impression d'ensemble, ne donne aucune raison à l'appui de son affirmation en se référant à sa déclaration que cette forme est unique sur le marché et que les barres et bâtons géométriques avec ce formulaire n'a pas été constatée avant le 21 mars 2002, date de dépôt de la marque communautaire.
- 41 Il ne s'agit pas d'un argument convaincant, notamment compte tenu du critère défini par la jurisprudence qu'une marque tridimensionnelle doit être enregistrée, il ne suffit pas qu'elle soit originale, mais il faut substantiellement différentes formes de base des produits en cause communément utilisés dans le commerce.
- 42 Tout d'abord, un trapézoïdale est l'une des formes géométriques de base, avec, par exemple, un carré, un triangle ou un cercle, de rectangle. En conséquence, les barres en forme trapézoïdale du signe n'est pas considéré comme un élément frappant *ab initio*, qui permet au consommateur de distinguer ces produits de ceux d'autres entreprises qui auraient pu, par exemple, un carré ou rectangulaire. Ainsi, lorsque les consommateurs sont confrontés pour la première fois «bonbons; produits de la boulangerie, pâtisserie, biscuits; gâteaux, gaufres» avec une forme telle que celle de la CTM, ils seront, tout au plus, que comme une simple forme constitutive d'un nouveau produit, indépendamment de la question de savoir si cette forme géométrique simple a été utilisée sur le marché en ce qui concerne ces produits avant la date de dépôt de la marque communautaire ou non, sans qu'il soit perçu comme un élément permettant de distinguer l'origine de ces produits.
- 43 D'autre part, l'utilisation d'une forme géométrique de base (un autre trapézoïdale) au lieu de la forme géométrique de base (tel qu'un rectangle qui est une section communément utilisés pour les produits du secteur en cause de forme allongée car il peut déduire les éléments de preuve présentés par le titulaire de la marque communautaire au cours de la procédure de nullité (voir annexe IV) n'est pas une caractéristique de sa propre qui permette de conclure que la forme allongée d'un produit ayant une section trapézoïdale tel que celui de la marque contestée diverge de manière significative de la norme ou des habitudes du secteur

concerné.

- 44 Troisièmement, même si les produits indiqués dans les tableaux présentés par la titulaire de la marque communautaire au cours de la procédure de nullité, annexe IV, ce qu'elle reconnaît comme des produits d'un concurrent, n'avait pas été lancé avant la marque communautaire des produits du titulaire, cela ne serait pas suffisant pour considérer que les consommateurs d'identifier une entreprise d'origine de forme trapézoïdale aligné sur les quatre côtés. Le fait qu'il s'agit de la première sur le marché d'utiliser ces éléments non distinctifs qui façonnent la forme ne donne pas automatiquement un caractère distinctif. Le consommateur moyen ne fait pas d'études sur le marché et de ne pas savoir à l'avance que seule une entreprise utilise cette forme géométrique de base sur leurs produits (voir, par analogie, arrêt du 12 janvier 2006 dans l'affaire C-173/04 P, «Standbeutel », point 34).
- 45 En outre, les éléments de preuve présentés par la requérante le 14 juillet 2008 d'annulation inclut à l'annexe 3, d'une brochure en allemand avec l'image de la tôle trapézoïdale barres «Milka LEO» qui indique la date du «1.April» 93».
- 46 Enfin, en ce qui concerne le fait que les quatre côtés sont alignés, la chambre a considéré que le consommateur devrait voir dans les côtés seulement une partie du produit. Le titulaire de la marque communautaire n'établit pas que le consommateur pertinent devrait accorder une attention particulière au fait que les quatre côtés sont alignés ensemble jusqu'à la percevoir comme une indication de l'origine commerciale du produit concerné. En outre, il peut être observé dans certains des annonces publicitaires présentées par la titulaire de la marque communautaire qu'il existe des photographies d'emballages partiellement ouvert avec l'un des côtés ou collage bitten [voir, par exemple, celles présentées à titre de preuve des annonces en Grèce, la Suède ou l'Italie), ce qui renforce l'idée de la consommation graduelle.
- 47 Compte tenu de tout ce qui précède, la chambre conclut que la division d'annulation a conclu à juste titre que le signe est dépourvue de caractère distinctif en vertu de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire en ce qui concerne les «bonbons; produits de la boulangerie, pâtisserie, biscuits; gâteaux, gaufres» et que les consommateurs concernés ne seront pas en mesure de le reconnaître comme un indicateur d'origine.

*L'article 52, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire*

- 48 Le titulaire de la marque communautaire a fait valoir que sa marque a acquis un caractère distinctif à la suite de l'usage qui en a été fait.
- 49 En vertu de l'article 7, paragraphe 3, du règlement sur la marque communautaire, le motif absolu de refus prévu à l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire, de ce règlement ne s'oppose pas à l'enregistrement d'une marque si, en ce qui concerne les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé, a acquis un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait.
- 50 De même, l'article 52, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire dispose, notamment, que, lorsque la marque communautaire a été enregistrée contrairement aux dispositions de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement

sur la marque communautaire, 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.

- 51 Ainsi, la marque communautaire doit apporter la preuve que le titulaire de la marque a acquis un caractère distinctif, soit avant la date de dépôt de la marque, ou entre la date d'enregistrement et la demande en nullité en ce qui concerne les produits pour lesquels elle est enregistrée (voir arrêt du 10 décembre 2008, T-365/06, «BATEAUX MOUCHES», point 37).
- 52 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 la section des produits ou services concernés comme provenant d'une entreprise déterminée en raison de la marque (voir les arrêts du 12 septembre 2007 dans l'affaire T-141/06, « Texture d'une surface de verre, point 32, et du 29 avril 2004 dans l'affaire T-399/02, « Botella Corona », point 42). Toutefois, les circonstances dans lesquelles la condition liée à l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage peut être considérée comme remplie ne peut être démontrée l'existence par seule référence aux données générales et abstraites, telles que des pourcentages déterminés (voir, par analogie, arrêts du 4 mai 1999, C-108/97 et C-109/97, « Chiemsee», point 52, et du 18 juin 2002 dans l'affaire C-299/99, « Remington», points 61 et 62).
- 53 L'article 7, paragraphe 3, du règlement sur la marque communautaire, ainsi que l'article 52, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire, non seulement l'utilisation intensive du signe par la requérante, mais va plus loin. Le résultat de l'usage du signe doit être, à l'origine, que le signe était incapable d'exercer la fonction d'indication d'origine qui est la fonction centrale d'une marque possède cette fonction, aujourd'hui, à la suite de cette utilisation. L'identification, par le public pertinent, du produit comme provenant d'une entreprise déterminée doit être le résultat de l'utilisation de la marque en tant que marque et, par conséquent, le résultat de la nature et l'effet de celui-ci, qui le rendent propre à distinguer les produits en cause de ceux d'autres entreprises. Cela doit être apprécié par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement est demandé, et en évaluant les éléments de preuve, qui concerne, *entre autres*, la part de marché détenue par la marque; comment intensif et de longue date largement répandue sur le plan géographique, l'usage de la marque a été; le montant investi par l'entreprise pour promouvoir la marque; la proportion des milieux intéressés qui, en raison de la marque, d'identifier les produits comme provenant d'une entreprise déterminée. et les déclarations de chambres de commerce et d'industrie ou d'autres associations professionnelles (arrêt de la Cour du 18 juin 2002 dans l'affaire C-299/99, «Remington», points 59, 60 et 64).
- 54 Il convient de tenir compte du fait que la définition du public pertinent est liée à l'examen des acheteurs des produits concernés, car c'est par rapport à ces acheteurs que la marque doit remplir sa fonction essentielle. Par conséquent, une telle définition doit être par référence à la fonction essentielle de la marque, à savoir garantir l'identité d'origine du produit ou du service couvert par la marque pour les consommateurs ou les utilisateurs finaux en leur permettant, sans aucune possibilité de confusion, de distinguer les produits ou services de ceux qui ont une autre provenance (voir arrêt du 29 septembre 2010, T-378/07, «dispositif d'un tracteur», point 38 et la jurisprudence qui y est citée).

- 55 Il est également de jurisprudence constante que, afin d'obtenir l'enregistrement d'une marque acceptée en vertu de l'article 7, paragraphe 3, du règlement sur la marque communautaire ( *ou*, mutatis mutandis, de rejeter une demande en nullité au titre de l'article 52, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire, le caractère distinctif acquis par l'usage de cette marque doit être démontré dans la partie de l'Union européenne où *elle en était* dépourvue ab initio tout un tel caractère au titre de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire (voir l'arrêt du 30 mars 2000 dans l'affaire T-91/99, «OPTIONS», points 26 et 27).
- 56 Dans le cas des marques non-word, on peut supposer que l'appréciation de leur caractère distinctif sont les mêmes dans toute l'Union européenne, sauf en cas de preuve du contraire concrète (voir les arrêts du 29 avril 2004 dans l'affaire T-399/02, « Botella Corona », point 47, et du 10 novembre 2004 dans l'affaire T-402/02, « Bonbonverpackung », point 86). De même, l'impression que le signe constitué par la forme du produit (c'est-à-dire quatre barreaux de forme trapézoïdale alignés sur une base rectangulaire), susceptible de créer dans l'esprit du consommateur est, en principe, susceptible d'être la même dans l'ensemble de l'Union européenne. C'est donc dans l'ensemble de l'Union que cette marque doit avoir acquis un caractère distinctif par l'usage, afin de ne pas être déclarée nulle en vertu de l'article 52, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire.
- 57 Conformément à l'article 165, point 4, lettre a), du règlement sur la marque communautaire, une marque communautaire enregistrée ou demandée en vertu du règlement sur la marque communautaire avant les dates respectives d'adhésion de la Bulgarie, de la République tchèque, de l'Estonie, de Chypre, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Hongrie, de Malte, de la Pologne, de la Roumanie, de la Slovénie et de la Slovaquie (ci-après dénommés les «nouveaux États membres»), ne peut (rectius, «n'est pas»; voir les autres versions linguistiques), être déclarée nulle en vertu de l'article 52, si les motifs de nullité sont devenus applicables uniquement du fait de l'adhésion d'un nouvel État membre.
- 58 Compte tenu du fait que la marque communautaire contestée a été déposée le 21 mars 2002, c'est-à-dire avant l'adhésion des nouveaux États membres à l'Union européenne, la division d'annulation a indiqué à juste titre qu'il est déduit de l'article 165, point 4, lettre a), du règlement sur la marque communautaire que la constatation d'une absence de caractère distinctif intrinsèque d'une marque communautaire enregistrée dans un ou plusieurs de ces nouveaux États membres ne sauraient être invoqués devant l'Office et que, de ce fait, acquis un caractère distinctif dans ces nouveaux États membres, en vertu de l'article 52, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire ne doivent pas être indiquées.
- 59 Ainsi, la marque communautaire doit apporter la preuve que le titulaire de la marque a acquis un caractère distinctif, soit avant la date de dépôt de la marque le 21 mars 2002, soit entre la date d'enregistrement, le 28 juillet 2006, et la demande de nullité, le 23 mars 2007, en ce qui concerne les produits pour lesquels elle est enregistrée en raison de l'usage qui en avait été fait dans l'Union européenne, composé au moment de son dépôt.
- 60 Le titulaire de la marque communautaire a présenté au cours de la procédure d'invalidation abondante documentation afin de démontrer le caractère distinctif de sa marque dans le territoire pertinent.

- 61 La division d'annulation a, après avoir apprécié les preuves soumises devant lui, constaté que le caractère distinctif de la marque contestée avait été prouvée au moins dans les parties du territoire de l'Union couverte par la France, l'Italie, le Royaume-Uni, l'Allemagne et l'Espagne. Le comité est d'accord avec cette constatation, qui n'a pas été contestée par la requérante d'annulation, en tenant notamment compte des éléments de preuve produits par des sources indépendantes de la valeur des ventes et à la valeur des actions de la marque Kit Kat 4 Fingers en 2005, 2006 et 2007 fournie par la mesure des services de détail Nielsen Company» (ci-après le «tableau de Nielsen») et les enquêtes menées dans ces territoires par des sociétés hautement spécialisées. De plus, il est observé que la plupart des enquêtes fournissent des informations spécifiques concernant la structure de l'échantillon de population (nombre de personnes, du sexe, de l'âge, des régions, etc.) ainsi que la méthode utilisée (par exemple, s'il s'agit d'une enquête en face-à-face à domicile ou le protocole à suivre par les enquêteurs, y compris les questionnaires et les images utilisées à cet effet; ce tableau étant celui de la marque tridimensionnelle, sans aucune caractéristique figurative ou verbale).
- 62 En tenant compte du fait que, pour apprécier la valeur probante d'un document, il faut d'abord vérifier la vraisemblance et la véracité de l'information qu'il contient et que, à cet égard, il faut tenir compte, *notamment*, de l'origine du document, des circonstances de son élaboration et de son destinataire, et s'il apparaît du contenu est raisonnable et fiable (voir l'arrêt du 15 décembre 2005 dans l'affaire T-262/04, «allégé», une forme de point 78), le conseil constate que les éléments fournis par les enquêtes en ce qui concerne la marque communautaire titulaire d'un chef de file d'estimer qu'elles ont été effectuées conformément aux normes professionnelles attendues, les résultats et l'analyse fournies par l'auteur des sociétés sont fiables.
- 63 Selon ces documents, l'«Kit Kat 4 Fingers» produit représenté, en 2006, par exemple, plus de 6 % du marché du segment de produits dans une partie du territoire de l'Union européenne, à savoir la France et l'Italie (voir «4-Fingers Nielsen, valeur ajoutée» dans le tableau). En outre, les termes «Kit Kat 4 Fingers» était la cinquième demande du segment des produits au cours de cette année sur ces territoires (voir «position Kit Kat 4 F dans le classement Nielsen» dans le tableau). Ces données sont étayés par les enquêtes réalisées en France en juillet 2007 par TNS Sofres et en Italie en mars 2008 par GfK Marktforschung qui, après la question de «nous sommes en train de parler de confiseries. Lorsque vous voyez cette photo, produits qui viennent à l'esprit? (France)/ «je voudrais maintenant vous montrer un biscuit sucré ou un produit. Pourriez-vous me dire ce que vous pensez de ce produit rend? (Italie)», un «sommet de l'esprit» spontanée du produit avec l'attribution de la forme de la marque contestée «Kit Kat/Nestlé» de 46 % en France et de 44,8 % chez les acheteurs/eaters de bonbons et des biscuits («public concerné») en Italie. Ces études soulignent que d'autres réponses possibles à cette question ont été «chocolat/barre chocolatée» sans préciser d'une marque. Cette information permet de supposer que le conseil d'administration de la question susmentionnée a été invitée sans influencer le public à reconnaître une marque.
- 64 En ce qui concerne le territoire espagnol, la position sur le marché détenue par le «Kit Kat 4 Fingers» produit, par exemple en 2006, que le tableau de Nielsen est particulièrement élevée (22,3 % de valeur ajoutée) et «4-Fingers en deuxième position dans la position «Kit Kat 4 F de classement»). La forte présence des «Kit



Kat 4 doigts» sur le marché espagnol est également étayée par l'enquête menée en mars 2008 par GfK Marktforschung. Cette étude constate, en premier lieu, que le degré de caractère distinctif (c'est-à-dire de sensibilisation pour un seul producteur) du produit à la forme de la marque contestée atteint 48,5 % parmi les plus pertinentes du public (les personnes qui n'ont pas en principe refusé d'acheter et d'utiliser des bonbons et des biscuits), qui indique le pourcentage de consommateurs qui reconnaissent une entreprise d'origine, lorsqu'ils sont confrontés aux produits, même si elle n'est pas la bonne; et d'autre part, que le degré de «Kit Kat/Nestlé/producteur de reconnaissance» («degré de caractère cessible») atteint 42,6 % parmi les plus étroite du public pertinent, même indirectement, implique, dans l'avis du comité, que près de la moitié de la population espagnole de reconnaître l'origine lorsqu'ils sont confrontés à un produit ayant la forme de la marque contestée et que la quasi-totalité d'entre eux, ou du moins une grande majorité, reconnaître la bonne société. De plus, un soutien supplémentaire est constatée dans les déclarations des chambres de commerce, à savoir celui de la Chambre de commerce de Séville (2008), qui certifie que la marque contestée est notoire dans cette province et qu'il est identifié par la marque «KIT KAT».

- 65 Bien que le tableau de Nielsen indique que la part de la valeur «4 Fingers» dans le territoire du Royaume-Uni en 2006 a été de 2,7 % seulement, la position «Kit Kat» dans le classement 4 F indiquée dans ce tableau pour cette année est très élevée (elle est en troisième position). En outre, l'enquête effectuée en août 2007 par GfK NOP indique que 88 % des personnes interrogées au Royaume-Uni spontanément répondu «Kit Kat» lorsqu'ils sont confrontés à l'image d'un produit ayant la forme de la marque contestée, qui est considérablement élevé. En outre, l'étude fournit également des informations concernant les autres réponses apportées à la première question (par exemple ceux mentionnant de chocolat ou d'autres marques), ce qui conduit le comité à assumer, dans ce cas également, que cette question (« *je voudrais maintenant vous montrer un biscuit sucré ou un produit. Pourriez-vous me dire ce que vous pensez de ce produit rend?* ») a été demandé sans influencer le public dans la reconnaissance de la marque.
- 66 Il y a lieu de relever que, selon la jurisprudence de la Cour, la preuve de l'usage d'une marque qui est apportée postérieurement à la date du dépôt de la demande peuvent être prises en compte que si elle permet de tirer des conclusions sur l'usage de la marque tel qu'il a été à cette date (voir, en ce sens, ordonnance du 27 janvier 2004 dans l'affaire C-259/02, « Laboratoire de la mer », point 31), et ordonnance du 5 octobre 2004, affaire C-192/03 P, « BSS », point 41). En l'espèce, le fait que toutes ces enquêtes ont eu lieu après le 23 mars 2007 (date du dépôt de la demande de déclaration de nullité) ne réduit en rien leur valeur probante étant donné que l'appui, en tenant compte du fait que les données contenues dans ces études ne mesure pas l'effet direct produit par une action spécifique, mais résulte d'un processus de développement du marché, l'intervalle de temps entre cette date et la période d'enquête est relativement courte (moins d'un an). En outre, la part de marché et le classement des chiffres fournis par Nielsen tableau pour les années 2005, 2006 et 2007 ne présentent pas de variations importantes d'une année à l'autre, ce qui montre une certaine stabilité de l'évolution du marché.
- 67 En ce qui concerne l'Allemagne, l'enquête réalisée en août 2003 par Ipsos Deutschland GmbH et le jugement allemand du 26 mai 2004 revêtent une

importance particulière. L'enquête dispose d'un degré de notoriété de 60 % auprès du *groupe cible* «*restreinte* », c'est-à-dire que 60 % des consommateurs interrogés acheter au moins occasionnellement, produits à base de chocolat et/ou d'utiliser ces produits a estimé que « *cette forme* » (la forme du produit indiqué à la personne interrogée) est une indication d' *une «entreprise donnée»*; et que 47,4 % du groupe cible affecté par la forme étroite à leur «Kit Kat/Nestlé», c'est-à-dire en bonne compagnie. Référence à la présente étude s'inscrit dans la décision nationale précitée, même en tenant compte de la baisse des résultats concernant le grand public, reconnaît explicitement que « *la forme demandée a acquis un caractère distinctif par l'usage au moins certains* ».

- 68 Afin de démontrer le caractère distinctif de sa marque dans chaque partie du territoire de l'Union européenne, le titulaire de la marque communautaire a également présenté devant la division d'annulation interne (principalement les chiffres des dépenses publicitaires «chiffre d'affaires/part de marché» et «Kit Kat»). Même si cette information était accompagnée d'une déclaration sous serment signée par une personne possédant une responsabilité dans la filiale du titulaire de la marque communautaire, ces déclarations ne peuvent, par elles-mêmes, constituer une preuve suffisante de l'acquisition par l'usage du caractère distinctif de la marque, compte tenu de l'importance des liens existant entre le titulaire de la marque et de ses filiales; ils doivent être corroborées par d'autres preuves. Toutefois, en l'espèce, les éléments de preuve mentionnés aux points précédents et produite à partir de sources indépendantes suffit à établir que la marque a acquis un caractère distinctif même si l'utilisation dans ces territoires, pour les raisons expliquées dans les paragraphes précédents, principalement la forte présence des produits dans le segment du marché dans les différentes parties du territoire de l'Union européenne, le classement de ce produit selon les préférences des marchés nationaux et la reconnaissance spontanée élevé du public pertinent par la forme du produit en tant qu'indication de l'origine d'une activité spécifique, l'existence d'une proportion significative de consommateurs dans ces territoires qui non seulement les identifie le signe contesté comme une indication d'origine commerciale, mais est encore en mesure, sur la base de la seule marque contestée à identifier le produit en question comme provenant de la titulaire de la marque communautaire.
- 69 La décision attaquée ne détermine pas explicitement si a acquis un caractère distinctif par l'usage de la marque contestée est reconnue par la division d'annulation sur le territoire des Pays-Bas.
- 70 À cet égard, le Conseil fait observer que le tableau de Nielsen 4 doigts établit une «valeur ajoutée» de 4,9 % en 2006 et un sixième position de classement pour ce produit dans le secteur au cours de la même année. Les chiffres sont similaires en 2005 et en 2007, ce qui montre une certaine stabilité pour ces trois années. Il est noté que ces chiffres sont étroitement similaires à leurs équivalents dans d'autres territoires considérés par le même document (par exemple en France ou en Italie), sans que cette comparaison soit affectée par la taille de chaque pays étant donné que la «valeur ajoutée» de 4 doigts sont exprimées en pourcentages (il s'agit d'un chiffre relatif) et le classement est une indication de la position sur le marché et, par conséquent, de préférence, indépendamment de ce facteur. En outre, la titulaire de la marque a présenté devant la division d'annulation une étude de septembre 2007 réalisée par IvoMar Marktonderzoek B.V., qui contient des informations spécifiques sur la structure de l'échantillon de population concernés

et la méthodologie utilisée (y compris l'utilisation de questionnaires et l'image; ce tableau étant celui de la marque tridimensionnelle, sans aucune caractéristique figurative ou verbale). Parmi ces informations détaillées, l'enquête indique qu'une extraction de l'échantillon se composait de 514 personnes de la population de 13 villes différentes et que l'enquête a été réalisée sur la base des entretiens «rue». Il est observé que le protocole qui devait être déposée par les enquêteurs sont en néerlandais. Contrairement à l'avis de la division d'annulation, de 514 personnes est un échantillon avec la signification statistique puisqu'elle représentait, en 2007, environ 0,003 % de la population, soit un taux supérieur, par exemple, l'échantillon de population considérée dans les enquêtes menées sur les territoires du Royaume-Uni, de l'Espagne, de la France, de l'Allemagne ou de l'Italie. Selon cette enquête, 53 % des personnes interrogées ont répondu «KIT KAT» spontanément à la première question sans « *Je vous montrer un biscuit bonbons (ou d'un produit). Pouvez-vous me dire quel produit présent vous rappelle?* » («top-of-mind de reconnaissance»). Ainsi, compte tenu de la présence de la marque contestée sur le marché néerlandais et que plus de la moitié des personnes interrogées ont spontanément reconnu comme le titulaire de la marque communautaire à l'origine du produit avec la forme de la marque contestée, la chambre conclut que le titulaire de la marque communautaire a démontré que sa marque avait acquis un caractère distinctif sur ledit territoire avant la date pertinente.

- 71 Il résulte de ce qui précède que le titulaire de la marque communautaire a démontré que sa marque avait acquis un caractère distinctif au moins dans la partie de l'Union européenne du marché couvert par la France, l'Italie, l'Allemagne, l'Espagne, le Royaume-Uni et les Pays-Bas.
- 72 Il est observé que les enquêtes ont été menées de présenter le produit comme «doux», «bonbons» ou une «biscuit» produit les personnes interrogées et que le tableau de Nielsen définit le segment des produits qu'il estimait dans chacun de ces pays comme «chocolat», «chocolat», «snack et candybars bitesises», «barres» ou «choc. count-lines». En outre, la grande quantité d'annonces publicitaires présentées par la titulaire de la marque communautaire montre un produit identique à la marque contestée apparaît lorsque l'un des côtés intérieur, sa composition est affiché. Il est particulièrement important que dans certaines publicités produites lorsque ce produit a été lancé sur le marché du Royaume-Uni par « *quatre croquante, plaquettes, doré et de forme arrondie cuit au four, moulés en un bloc avec...* » ou « *une couverture des plus beaux chocolat au lait. Kit Kat chocolat Crisp est (...) à une bonne grocers confiseurs, les kiosques et partout dans le monde* ». Par conséquent, le comité estime que, compte tenu de la composition du produit et de son processus de production, il peut être englobé dans aucune des catégories de produits en cause dans la présente affaire, à savoir «bonbons; produits de boulangerie, pâtisserie, biscuits, gâteaux et gaufres».
- 73 Dans le cas d'une marque tridimensionnelle que manque de caractère distinctif intrinsèque de l'opposition ne seront pas limitées au territoire d'un État membre particulier, mais s'étend à l'ensemble de l'Union. À cet égard, le titulaire de la marque communautaire a fait valoir qu'étant donné que la marque communautaire a un caractère unitaire, l'appréciation de l'acquisition par une marque d'un caractère distinctif par l'usage ne peut pas être fondée sur les différents marchés nationaux, mais sur le marché de l'Union européenne prise dans son ensemble.

- 74 Selon la Cour de justice, même s'il est vrai que l'acquisition, par une marque, d'un caractère distinctif par l'usage doit être démontrée pour la partie de l'Union dans laquelle cette marque n'avait pas *ab initio* un tel caractère, il serait excessif d'exiger que la preuve d'une telle acquisition pour chaque État membre (voir l'arrêt du 24 mai 2012 dans l'affaire C-98/11 P, «la forme d'un lapin en chocolat avec ruban», point62, *in fine*). Le Conseil déduit de cet arrêt que la question qu'il convient de poser est de savoir si une partie substantielle des consommateurs dans l'ensemble de l'Union européenne ont été exposées à la marque et, à la suite de cette exposition, à reconnaître la marque comme une indication d'origine commerciale, sans que, en tout état de cause, il y a lieu de démontrer un caractère distinctif acquis dans chaque nook et cranny.
- 75 Sauf s'il existe des motifs particuliers en faveur d'une perception différente de la signer dans les différentes parties de l'Union européenne, cette interprétation serait conforme à la portée géographique de la protection d'une marque communautaire, le territoire de l'Union européenne et du marché dans son ensemble, c'est-à-dire sur le marché intérieur, et non la somme des différents marchés nationaux séparés constituant celui-ci. Il semble donc logique qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que l'usage de la marque a acquis un caractère distinctif pièce par pièce généré de ce marché intérieur, État membre par État membre, car il ne serait pas nécessaire de démontrer une marque nationale à caractère distinctif dans chacun des États, régions, provinces ou tout autre composant les unités administratives de l'État membre en question. Bien entendu, cela n'empêcherait pas le propriétaire de la marque à mener des sondages d'opinion à l'échelle nationale ou présente des chiffres ventilés par État membre, à condition que ces enquêtes et les chiffres, ainsi que tout autre élément de preuve, suffisent à démontrer le caractère distinctif acquis sur le marché intérieur.
- 76 De ce point de vue, l'acquisition de caractère distinctif que dans une partie non substantielle du marché intérieur ne devraient pas être suffisant pour maintenir la marque, indépendamment de la façon dont l'utilisation intensive du signe a été en partie du marché intérieur ou encore de la façon dont le signe distinctif et renommée est devenue, dans le même ordre d'idées, voir l'arrêt du 6 octobre 2009 dans l'affaire C-301/07, Pago, point30, dans lequel la Cour a dit pour droit que, afin de bénéficier de la protection conférée aux marques de renommée et être en mesure d'empêcher l'usage d'une autre marque, dans l'ensemble de l'Union européenne, même pour des produits ou des services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels elle est enregistrée, il suffit que la marque communautaire soit connue dans une partie substantielle du territoire de l'Union européenne).
- 77 Au contraire, l'absence de preuve de la reconnaissance dans le cadre du marché intérieur (correspondant ou non sur le territoire d'un État membre), qui, eu égard aux conditions particulières du marché, n'est pas substantielle, ne devrait pas avoir pour effet de rendre sans pertinence le caractère distinctif acquis par l'usage dans la grande majorité du marché intérieur, frustrant tous les investissements réalisés à grande échelle par le propriétaire de la marque communautaire et, dans le même temps, les objectifs généraux de protection de la marque communautaire, qui sont d'encourager et d'ouvrir l'activité économique dans l'ensemble du marché intérieur en communiquant des informations sur les produits et les services couverts par la marque (voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général du 5 juillet 2012 dans l'affaire C-149/11, Leno Merken, point45).

- 78** D'une manière générale, il serait déraisonnable et disproportionnée tant de demander au propriétaire de la marque à détourner et à investir d'importantes quantités d'argent dans la collecte des preuves du caractère distinctif acquis dans chaque coin du marché intérieur et de refuser la protection à une marque dont la reconnaissance a été dûment démontré pour la grande majorité du territoire de l'Union européenne.
- 79** Or, en l'espèce, le titulaire de la marque communautaire a soutenu que la population de l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni, l'Italie et l'Espagne ainsi que représente 79,2 % de la population totale de l'Union européenne composée de quinze États membres à prendre en considération dans le cadre de la présente procédure. D'après les chiffres publiés par Eurostat pour 2007, selon laquelle l'Union européenne composée de 15 États membres représentés, un total de 391 764 000 personnes (soit la population en Allemagne, 82 315 000 en Espagne, 44 474 000 en France, 63 392 000 en Italie, 59 131 000 au Royaume-Uni, 60 816 000), cette conclusion est correcte. En outre, le Conseil rappelle que, compte tenu de la somme de la population en valeur absolue qui correspond au pourcentage de reconnaissance spontanée déterminée par les enquêtes menées dans l'ensemble de ces cinq pays, il est possible de conclure que plus de 42,5 % de la population mondiale de l'Union européenne au moment pertinent reconnu en tant que titulaire de la marque communautaire comme première solution l'origine d'un produit ayant la forme de la marque contestée. Ces chiffres augmenter lorsque les Pays-Bas est également considéré, par rapport à la population totale étant alors plus de 83 % du pourcentage de la population totale au sein de l'Union européenne une reconnaissance top-of-mind en tant que titulaire de la marque communautaire de l'activité à l'origine du produit avec la forme de la marque contestée étant de 44,8 %.
- 80** En tant que titulaire de la marque communautaire l'a souligné, la preuve du caractère distinctif de sa marque a également été présenté en ce qui concerne le territoire des autres États membres.
- 81** En ce qui concerne le Danemark, la Finlande et la Suède, le titulaire de la marque communautaire a présenté une copie d'une enquête réalisée par TNS Infratest dans ces pays en mars 2008, qui contenait des informations détaillées similaires déjà considérés comme dans les enquêtes. Selon cette enquête, top-of-mind reconnaissance spontanée de l'entreprise titulaire de la marque communautaire comme indiqué à l'origine du produit, les personnes interrogées s'élevait à 30 % en Finlande, 48 % au Danemark et 62 % en Suède. En outre, au moins une faible présence de la marque contestée sur le marché finlandais est soutenue par le titulaire de la marque communautaire et tableau de Nielsen a prouvé qu'une marque identique à celle attaquée est immatriculé en Suède et au Danemark. Même si ce chiffre n'est pas particulièrement élevé en Finlande, la chambre considère qu'au moins une identification spontanée du titulaire de la marque communautaire comme l'origine du produit en tant que première option qui touche la moitié de la population, comme c'est le cas au Danemark et en Suède, aurait dû être prise en considération dans l'appréciation du caractère distinctif d'une marque par l'usage dans l'ensemble de l'Union européenne. Cette conclusion n'est pas surmontée par le fait qu'une enquête effectuée en 2005 en Suède n'étaient pas concluants à cet effet pour la Cour. En outre, le Conseil ne partage pas l'avis de la division d'annulation que la fiabilité des résultats de ces enquêtes a été réduite, puisqu'elles ont été effectués dans seulement deux villes au

Danemark et en Suède. Le conseil considère qu'un échantillon de population supérieure à 1000 personnes dans les pays dont la population est inférieure à 10 million d'euros est particulièrement élevé, qu'il soit définitivement plus élevé que le taux de la population considérée, par exemple dans les enquêtes réalisées en Espagne, en Italie, en France, en Allemagne ou au Royaume-Uni.

- 82 En ce qui concerne la part de marché, la «valeur ajoutée 4-Fingers Nielsen» figurant dans le tableau en ce qui concerne ce territoire est d'environ 2 % entre 2005 et 2007 et la «situation Kit Kat 4F classement» au cours de ces années est supérieur à <sup>15</sup>. Même si ces chiffres ne sont pas très élevés, elles prouvent une présence constante sur ce marché. En outre, il y a lieu de considérer que la part de marché d'un produit et sa position de classement de quantifier la présence de ce produit sur le marché et de son succès selon les préférences des consommateurs. Toutefois, ce n'est que l'un des facteurs à prendre en considération et ne détermine pas son propre niveau de reconnaissance du produit et si elle a acquis un caractère distinctif par l'usage pour travailler en tant que marque. C'est notamment établie par des études de marché directement effectués auprès du public pertinent. Ainsi, dans l'affaire autrichienne, les chiffres susmentionnés sont accompagnés d'une étude de marché réalisée en octobre 2001 par alid Market Research Service GmbH. Selon cette enquête, 54 % des personnes interrogées ont répondu «kit kat» à la première question de «voir ce, qu'est-ce que vous associer avec lui, de quoi s'agit-il?», qui est un pourcentage particulièrement élevé en tenant compte de la population totale de l'Autriche (environ 8 millions de personnes). Contrairement à l'avis de la division d'annulation, de 264 personnes est un échantillon avec la signification statistique puisqu'elle représentait, en 2001, environ 0,003 % de la population, soit un taux supérieur, par exemple, l'échantillon considéré dans l'enquête réalisée au Royaume-Uni, en Espagne, en France, en Allemagne ou en Italie.
- 83 Il s'ensuit que la reconnaissance top-of-mind résultant de l'enquête menée au Danemark, en Finlande, en Suède et en Autriche a l'effet d'augmenter à 48,6 % le pourcentage de la population européenne et mondiale de l'Union européenne au moment pertinent pour que le titulaire de la marque communautaire identifie spontanément comme la première entreprise à l'origine du produit ayant la forme de la marque contestée.
- 84 En ce qui concerne le reste du territoire de l'Union européenne (la Grèce, le Portugal, l'Irlande, la Belgique et le Luxembourg), même si le titulaire de la marque n'a pas présenté d'études de marché s'y rapportant, il a soumis des documents, à savoir le tableau de Nielsen, qui prouve l'utilisation du Kit Kat 4 doigts dans tous ces marchés de produits, à l'exception du Luxembourg.
- 85 Selon ce tableau, le Kit Kat 4 doigts produit couvre 4,8 % en Grèce et 5,6 % au Portugal, du marché du segment des produits en 2006 (voir «4-Fingers valeur ajoutée»), qui est un pourcentage quasi-constant de 2005 à 2007. Le classement de ce produit est maintenue au cours de ces trois années, 7<sup>e</sup> en Grèce. Ce classement est particulièrement élevé au Portugal, où elle est passée en tant <sup>que 2<sup>e</sup></sup> 3, troisième moyen du segment. En outre, une marque identique à la marque contestée est enregistrée au Portugal. Même si cette présence sur le marché semble être étayée par les publicitaires, à savoir les rapports produits par la source indépendante «JWT» (qui comporte quelques communications à caractère promotionnel organisés chronologiquement, les premières étant en 2000), ces

éléments de preuve ne sont pas concluants, car des informations complémentaires en ce qui concerne les campagnes publicitaires (par exemple, l'intensité de la circulation), il est difficile de déterminer l'impact d'une telle activité publicitaire.

- 86 En ce qui concerne la Belgique et l'Irlande, la part de valeur «4-Fingers Nielsen» figurant dans le tableau en ce qui concerne ces États membres est inférieure à 2 % et la «position Kit Kat 4F classement» dans ces territoires est de <sup>10</sup> ou plus.
- 87 Même si le titulaire de la marque communautaire a présenté un CD avec des publicités télévisées pour, entre autres, les pays du Benelux, le Portugal et la Grèce, ce document ne contient pas des informations supplémentaires en ce qui concerne, par exemple, leur fréquence de radiodiffusion. Il est dès lors difficile de déterminer l'impact d'une telle activité publicitaire dans la partie du territoire de l'Union européenne, notamment lorsqu'ils présentent un produit par les termes «KIT KAT».
- 88 Tenant à l'esprit l'ensemble susmentionné, le Conseil estime que les éléments de preuve présentés à prouver, pour les raisons expliquées dans cette décision, que la marque contestée a été utilisée dans la quasi-totalité du territoire de l'Union européenne, qui couvre le marché de quatorze des quinze États membres qui faisaient l'Union européenne au moment pertinent; que, à la suite de cette utilisation, il peut être constaté que près de 50 % de la population de l'Union européenne dans son ensemble (ou, d'une autre manière, près de 50 % de la population des États membres qui représentent environ 90 % de la population de l'Union européenne), identifie comme titulaire de la marque communautaire comme première solution l'origine d'un produit ayant la forme de la marque contestée (qui appartient à la catégorie des «bonbons; produits de boulangerie, pâtisserie, biscuits, gâteaux et gaufres»).
- 89 Il convient de souligner que ce chiffre correspond à une reconnaissance de la titulaire de la marque communautaire top-of-mind comme l'entreprise d'origine du produit, ce qui signifie que le titulaire de la marque communautaire est venu à l'esprit du consommateur en tant que première réponse lorsqu'elle est confrontée au produit. Il est logiquement s'attendre à ce que ce chiffre est plus élevé si l'on considère les pourcentages contenus dans ces enquêtes correspondant à la population de ces pays qui identifie l'entreprise comme titulaire de la marque communautaire à l'origine du produit spontanément comme une seconde option seulement après bénéficiant de l'aide ou des questions.
- 90 Compte tenu de ce qui précède, et l'arrêt du 24 mai 2012 dans l'affaire C-98/11 P, «la forme d'un lapin en chocolat avec ruban», point 62, *in fine*, en particulier, la chambre considère que le titulaire de la marque communautaire a démontré que sa marque a acquis un caractère distinctif dans une partie substantielle du territoire sur lequel la marque était distinctif *ab initio*.
- 91 Le titulaire de la marque communautaire a présenté devant la chambre de recours la documentation supplémentaire afin de compléter les preuves requises pour démontrer le caractère distinctif acquis de la marque au sein de l'Union européenne. Conformément à l'article 76, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire, l'Office peut ne pas tenir compte des faits ou des preuves qu'elles n'ont pas produites en temps utile par les parties concernées. Cette disposition donne la faculté de décider, tout en motivant sa décision, qu'il s'agisse

ou non de prendre en compte des faits et des preuves présentés en dehors des délais. En l'espèce, ces documents sont dépourvus de pertinence pour la présente procédure en raison de leur contenu (l'effet d'entraînement de la publicité sur la base des chiffres fournis par le GTC propriétaire lui-même, en dehors du contrôle de l'institut de recherche) ou qu'elles se réfèrent à la fois (bien après la période de référence) et, par voie de conséquence, par l'exercice de son pouvoir discrétionnaire au titre de l'article 76, paragraphe 2, du règlement sur la marque communautaire, le conseil d'administration décide de ne pas les prendre en considération.

- 92 Néanmoins, même sans tenir compte de ces derniers documents, les éléments de preuve présentés par le titulaire de la marque communautaire est suffisant, comme indiqué ci-dessus, pour prouver que la marque communautaire a acquis un caractère distinctif par l'usage au sein de l'Union européenne et, par conséquent, la marque contestée ne saurait être déclarée invalide pour avoir été enregistrée en violation des dispositions de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire. Par conséquent, le pourvoi est accueilli et que la décision attaquée doit être annulée.

*L'article 52, paragraphe 1, point a), en liaison avec l'article 7, paragraphe 1, point c) et d), du règlement sur la marque communautaire*

- 93 En vertu des articles 7 (3) et 52 (3), du règlement sur la marque communautaire, lorsque la marque est en infraction avec les dispositions de l'article 7, paragraphe 1, point b), c) ou d), du règlement sur la marque communautaire, il peut néanmoins être enregistré ou ne peut être déclarée nulle, si elle a acquis un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait.

- 94 Il s'ensuit que, en l'espèce, la nullité de la requête doit également être rejeté dans la mesure où il se fonde sur l'article 7, paragraphe 1, point c), et (d), du règlement sur la marque communautaire, même si la marque devait être considéré comme descriptif ou générique au sens de ces deux dispositions, le caractère distinctif acquis par l'usage du signe par l'intermédiaire de son serait en tout état de cause également surmonter ces motifs de nullité, de la même manière qu'elle a surmonté le terrain sur la base de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire.

*L'article 52, paragraphe 1, point a), en liaison avec l'article 7, paragraphe 1, point e), du règlement sur la marque communautaire*

- 95 Comme nous l'avons vu plus haut, c'est seulement lorsqu'une marque commerciale est en infraction avec les dispositions de l'article 7, paragraphe 1, point b), c) ou d), du règlement sur la marque communautaire qu'il peut néanmoins être enregistré ou ne peut être déclarée nulle, si elle a acquis un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait, alors que les motifs relatifs de refus visés à l'article 7, paragraphe 1, point e), du règlement sur la marque communautaire est d'exclure du champ d'application de l'exception au titre de l'article 7, paragraphe 3, du règlement sur la marque communautaire (voir l'arrêt du 14 septembre 2010 dans l'affaire C-48/09 P, «brique Lego», point 47). Cela signifie que lorsqu'une marque est interdit d'enregistrement sur le fondement du motif prévu à l'article 7, paragraphe 1, point e), sous ii), du règlement sur la marque communautaire, le motif absolu ne peut pas être supprimé en conséquence



de l'usage qui a été fait du signe, quel que soit son caractère distinctif acquis sur le marché.

- 96 La constatation du caractère distinctif acquis comme jugé ci-dessus ne serait pas sûr de la marque communautaire, il est donc nécessaire de déterminer si l'article 7, paragraphe 1, point e), sous ii), du règlement sur la marque communautaire est applicable dans la présente affaire.
- 97 Selon une jurisprudence constante, l'article 7, paragraphe 1, point e), sous ii), du règlement sur la marque communautaire s'oppose à l'enregistrement de toute forme constituée exclusivement, dans ses caractéristiques essentielles, par la forme du produit techniquement causale et suffisante à l'obtention du, le résultat technique, même si ce résultat peut être atteint par d'autres formes utilisant le même ou d'une autre solution technique. L'intérêt sous-tendant cette disposition, est d'éviter que le droit des marques d'une entreprise un monopole sur des solutions techniques ou des caractéristiques utilitaires d'un produit ( voir arrêt du 12 novembre 2008, T-270/06, « brique Lego », point 43).
- 98 À cet égard, les règles fixées par le législateur reflètent la mise en balance de deux considérations qui sont susceptibles de contribuer à l'établissement d'un système de concurrence saine et loyale ( voir l'arrêt du 12 novembre 2008 dans l'affaire T-270/06, « de la brique Lego », point 44).
- 99 D'une part, l'insertion à l'article 7, paragraphe 1, du règlement sur la marque communautaire de l'interdiction de l'enregistrement comme marque d'un signe constitué par la forme du produit nécessaire à l'obtention d'un résultat technique assure que des entreprises ne peuvent pas utiliser le droit des marques pour perpétuer, sans limitation de durée, les droits exclusifs relatifs aux solutions techniques (voir l'arrêt du 12 novembre 2008 dans l'affaire T-270/06, « de la brique Lego », point 45).
- 100 Lorsque la forme d'un produit ne comporte la solution technique mise au point par le fabricant de ce produit et brevetée par celle-ci, une protection de cette forme en tant que marque après l'expiration du brevet serait considérablement et limiter durablement la possibilité pour les autres entreprises d'utiliser cette solution technique. Dans le système des droits de propriété intellectuelle mis au point dans l'Union européenne, les solutions techniques sont seulement susceptibles d'une protection de durée limitée, de sorte qu'elles puissent être librement utilisées par la suite par l'ensemble des opérateurs économiques ( voir arrêt du 12 novembre 2008, T-270/06, « brique Lego », point 46).
- 101 D'autre part, en limitant le motif de refus visé à l'article 7, paragraphe 1, point e), ii), du RMC aux signes constitués «exclusivement» par la forme du produit «nécessaire» à l'obtention d'un résultat technique, le législateur a dûment tenu compte du fait que toute forme d'un produit est, dans une certaine mesure, fonctionnelle et qu'il serait, par conséquent, inapproprié de refuser à l'enregistrement d'une forme en tant que marque au seul motif qu'elle présente des caractéristiques utilitaires. Par les termes «exclusivement» et «nécessaire», ladite disposition assure que seules les formes de produits qui n'incorporent une solution technique et dont l'enregistrement en tant que marque ne serait donc en fait obstacle à l'utilisation de cette solution technique par d'autres entreprises

soient refusées à l'enregistrement ( voir arrêt du 12 novembre 2008, T-270/06, « brique Lego », point 48).

- 102** Il découle également de la jurisprudence constante que l'application correcte de l'article 7, paragraphe 1, point e) ii), du règlement sur la marque communautaire implique que les caractéristiques essentielles du signe tridimensionnel en cause soient dûment identifiées par l'autorité de statuer sur la demande d'enregistrement du signe en tant que marque. L'expression «caractéristiques essentielles» doit être comprise comme visant les éléments les plus importants du signe ( voir arrêt du 12 novembre 2008, T-270/06, « brique Lego », point s 68 et 69).
- 103** Une fois que les caractéristiques essentielles du signe sont identifiées, l'autorité compétente doit encore vérifier s'ils les exécuter la fonction technique des produits en cause. L'article 7, paragraphe 1, point e), sous ii), du règlement sur la marque communautaire ne peut s'appliquer lorsque la demande d'enregistrement en tant que marque porte sur une forme du produit dans laquelle un élément non fonctionnel, tel qu'un élément décoratif ou imaginatif, joue un rôle important. Dans ce cas, les entreprises concurrentes ont facilement accès à des formes alternatives de fonctionnalité équivalente, de sorte qu'il n'y a aucun risque que la disponibilité de la solution technique sera compromise. Cette solution peut, dans ce cas, être incorporée sans difficulté par les concurrents du titulaire de la marque dans des formes qui n'ont pas le même élément non fonctionnel que celui contenu dans la forme du titulaire et qui sont donc ni identiques ni similaires à cette forme [voir arrêt du 12 novembre 2008, T-270/06, « brique Lego », point 72).
- 104** Dans le cas d'espèce, comme on l'a vu ci-dessus, le signe se compose de quatre côtés de forme trapézoïdale identique aligné sur une base rectangulaire.
- 105** En premier lieu, même si les barres sont alignés et jointes au moyen d'une base plus fines qui peuvent contribuer à rendre plus facile la découpe du produit, cela ne signifie pas que cette caractéristique répond à une nécessité technique ou exerce une fonction technique des produits en cause, à savoir «bonbons; produits de boulangerie, pâtisserie, biscuits, gâteaux et gaufres» (et ne comporter aucune solution technique développée et brevetée par le fabricant du produit) et, par conséquent, l'exception au titre de l'article 7, paragraphe 1, point e) ii), du règlement sur la marque communautaire ne s'applique pas.
- 106** D'autre part, e ven s'il devait être considéré que les barres faciliter la cloison du produit en quatre parts au moment de leur consommation, une telle solution n'est ni technique ni essentiel dans la forme du produit en cause.
- 107** Troisièmement, cette solution pourrait, en tout état de cause, être incorporée sans difficulté par les concurrents dans des formes qui n'ont pas les mêmes éléments non fonctionnels, comme celle contenue dans la forme actuelle, en particulier la forme trapézoïdale de chaque barre (auxquels peuvent s'ajouter l'alignement de bars, de bars, de l'alignement dans quatre communes de base et l'adhésion de sa forme rectangulaire).
- 108** On pourrait dire que ces caractéristiques non techniques sont plutôt banal, ainsi que l'a déjà constaté que le signe distinctif *en soi* au titre de l'article 7, paragraphe 1, point b), du règlement sur la marque communautaire. Néanmoins, comme comme banal, il n'en demeure pas moins que ces caractéristiques, non dicté par une raison technique, sont, comme il a été établi ci-dessus, suffisants pour priver

cette forme être reconnue par le public pertinent comme un badge d'origine, comme une indication de l'origine commerciale des produits portant ces derniers (contrairement, par exemple, à ce qui s'est passé dans le cas de la brique Lego», arrêt du 14 septembre 2010 dans l'affaire C-48/09 P, « brique Lego », point 73, dans lequel le mineur arbitraire, le seul élément supplémentaire se composait de couleur rouge). Cela signifie que ces éléments, bien que n'étant pas, par nature, important, grâce à l'utilisation du signe ont néanmoins devenir importants et sont désormais reconnue par le public pertinent comme un indicateur d'origine commerciale.

- 109** Il résulte de ce qui précède que le signe en cause ne tombe pas sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 7, paragraphe 1, point e), ii), du règlement sur la marque communautaire.
- 110** Dès lors, aucun des motifs d'annulation sur lesquels la requérante a fondé sa requête sont suffisantes pour déclarer la nullité de la marque en cause. Il y a lieu d'accueillir le recours et d'annuler la décision attaquée.

### **Sur les dépens**

- 111** Conformément à l'article 81, paragraphe 1, du règlement sur la marque communautaire, l'annulation requérant, en tant que partie qui succombe, supporte les dépens de la procédure de pourvoi. Conformément à l'article 81, paragraphe 6, du règlement sur la marque communautaire et de la règle 94 (3), dernière phrase, l'annulation requérant CTMIR est donc ordonné de rembourser la taxe de recours qui est fixé à la somme de 800 EUR ainsi que les dépens du titulaire de la marque communautaire pour la représentation des professionnels du pourvoi et à la procédure de nullité au niveau prévu à la règle 94 (7) (d) CTMIR (550 EUR et 450 EUR respectivement).

**Ordonnance**

Par ces motifs,

LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

déclare et arrête:

1. **Soutient le pourvoi et annule la décision litigieuse;**
2. **La partie requérante supportera l'annulation d'un montant total de 1 800 EUR au titre des dépens du titulaire de la marque communautaire dans le cadre du pourvoi et l'annulation des procédures.**

Signé

De las Heras T.

Signé

G. Bertoli

Conformément à l'article  
6 du règlement (CE) no  
216/96 de la  
Commission

Signé

De las Heras T.

Greffier:

Signé

PAGE Fernández de  
Corres López

