



Flash APRAM n° 412 – Validité des marques 3D : à table !

EUIPO, 5^e Chambre de recours, 5 décembre 2022, R 1305/2022-5, *Empreinte / EUIPO*

Tribunal de l'UE 14 décembre 2022, T-553/21, EU:T:2022:813, *Agrarfrost GmbH & Co. KG / EUIPO – McCain GmbH*

Chers Amis,

Voici un numéro double du Flash pour terminer l'année en beauté, consacré à deux décisions épcuriennes qui viennent éclairer d'un jour plutôt favorable la difficile question du caractère distinctif des marques tridimensionnelles, généralement peu aimées des Offices.

La première affaire n'émane certes « que » d'une chambre de recours mais semble importante, surtout à la lumière de la seconde décision ci-après. Elle concerne la forme très particulière d'un tire-bouchon, dont la poignée est en forme d'os (iliaque) selon son créateur, et déposée en tant que marque pour (notamment) des tire-bouchons.

On pourra observer que cette marque a été déposée sous forme de « vue dynamique », permettant de voir en rotation l'ensemble des vues du tire-bouchon.

L'EUIPO refuse dans un premier temps de l'enregistrer pour défaut de caractère distinctif. Il considère que cette forme ne diverge pas sensiblement des formes sur le marché concerné.

Sur recours, la chambre se livre à un examen minutieux de la demande d'enregistrement contestée et retient que c'est bien l'ensemble des vues du fichier .stl qu'il faut prendre en compte.

Au terme d'un examen approfondi et jusqu'à plus soif de l'état des nombreuses formes de tire-bouchons existant déjà sur le marché, elle retient que la poignée à elle seule est parfaitement distinctive. Se référant à l'arrêt *Guerlain* concernant une forme de rouge à lèvres (T-488/20 EU:T:2021:443 – FLASH n° 382), la chambre conclut que la marque demandée s'écarte « de manière significative des formes disponibles sur le marché et constitue une indication d'origine » (point 24) et que « le signe demandé ne tombe pas sous le coup de l'article 7, § 1^{er}, b, RMUE » (point 27).

Dans la seconde affaire, concernant toujours l'alimentation, il était question d'une marque tridimensionnelle de l'UE déposée en 2000 par McCain pour des « croquettes de pommes de terre précuites » et consistant en la forme de ces croquettes, à savoir un visage souriant du type *smiley*.

Une marque analogue était déposée en France en 2019 par McCain, sans doute en raison de l'action en déchéance intentée contre la marque de l'UE. Par arrêt du 11 février 2022, la cour d'appel de Paris confirmait le refus d'enregistrement de ce dépôt français émis par l'INPI, considérant que ce signe n'avait pas de caractère distinctif intrinsèque – le consommateur n'étant pas enclin à voir dans cette forme un indicateur de l'origine commerciale du produit – ni acquis par l'usage.

En parallèle, Agrarfrost GmbH & Co. KG avait donc introduit en 2018 auprès de l'EUIPO une action en déchéance faute d'usage à l'encontre de la marque tridimensionnelle de l'UE de 2000.

Or, si le litige porte sur la déchéance, rejetée par l'Office et en dernier lieu par le Tribunal qui confirme un usage sérieux de la marque tridimensionnelle, l'arrêt est également intéressant parce qu'à cette occasion, le Tribunal cherche logiquement à déterminer si cette forme est perçue par le public comme une indication de l'origine commerciale des produits.

Selon le Tribunal, « l'appréciation relative à l'usage de la marque contestée en tant que marque [...] dépend de la question de savoir si cette marque est perçue par le public pertinent en tant qu'indication de l'origine commerciale » (point 24). « Pour parvenir à la conclusion que la marque contestée a effectivement été utilisée conformément à sa fonction essentielle, la preuve de son usage doit se matérialiser par des éléments qui permettent de conclure de façon non équivoque que le consommateur est en mesure d'associer la forme tridimensionnelle des produits [...] à une entreprise déterminée » (point 28).

Le Tribunal trouve ces éléments, sous la forme de campagnes publicitaires importantes dans plusieurs Etats membres mettant clairement en avant la forme des produits et retient que le consommateur a ainsi « été confronté à la marque contestée d'une manière intense qui lui a permis d'établir facilement un lien avec le producteur à partir du visage souriant » (point 35).

Ainsi, à l'occasion d'un litige portant sur l'usage ou l'absence d'usage, le Tribunal se penche donc avec une certaine bienveillance, qui tranche quelque peu avec la difficulté habituelle d'obtenir l'enregistrement de telles marques, sur la question de l'usage à *titre de marque* d'un signe tridimensionnel.

Commentaire

Doit-on voir dans ces deux décisions un signe de détente sur la question délicate de la protection des marques tridimensionnelles, peut-être amorcée par l'arrêt *Guerlain* précité, ou resteront-elles isolées et nous laisseront-elles sur notre faim ?

On peut en tout état de cause se réjouir que ce type de marques soient enregistrées, car il s'agit de véritables armes de lutte contre la contrefaçon.

En pratique, le choix d'un dépôt de marque tridimensionnelle sous forme de fichier dynamique montrant l'ensemble des vues a peut-être pu contribuer à reconnaître plus facilement un caractère distinctif.

Equipe FLASH
Tanguy de Haan – Stève Félix – Benjamin Mouche

ARRÊT DU TRIBUNAL (sixième chambre)

14 décembre 2022 (*)

« Marque de l'Union européenne – Procédure de déchéance – Marque de l'Union européenne tridimensionnelle – Forme d'un smiley – Usage sérieux de la marque – Article 18, paragraphe 1, second alinéa, sous a), et article 58, paragraphe 1, sous a), du règlement (UE) 2017/1001 – Nature de l'usage – Absence d'altération du caractère distinctif »

Dans l'affaire T-553/21,

Agrarfrost GmbH & Co. KG, établie à Wildeshausen (Allemagne), représentée par M^{es} A. Ebert-Weidenfeller et H. Förster, avocats,

1. partie requérante,

contre

Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO), représenté par M^{me} E. Nicolás Gómez et M. D. Hanf, en qualité d'agents,

2. partie défenderesse,

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

McCain GmbH, établie à Eschborn (Allemagne), représentée par M^{es} C. Schmitt et M. Kinkeldey, avocats,

LE TRIBUNAL (sixième chambre),

composé, lors des délibérations, de M^{me} A. Marcoulli (rapporteure), présidente, MM. S. Frimodt Nielsen et R. Norkus, juges,

greffier : M^{me} R. Ükelytė, administratrice,

vu la phase écrite de la procédure,

à la suite de l'audience du 14 juillet 2022,

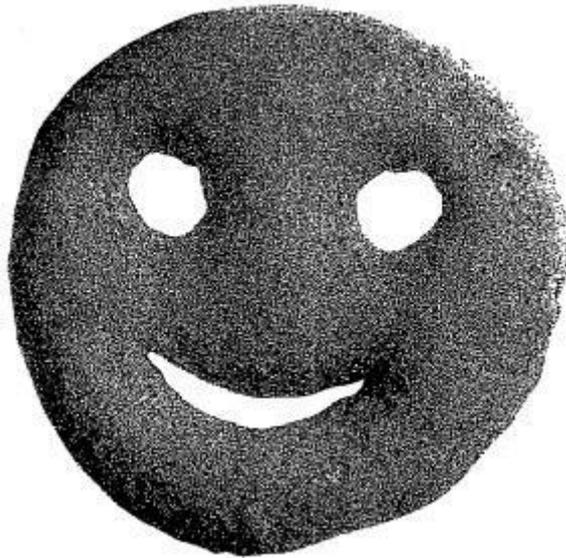
rend le présent

Arrêt

- 1 Par son recours fondé sur l'article 263 TFUE, la requérante, Agrarfrost GmbH & Co. KG, demande l'annulation de la décision de la cinquième chambre de recours de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) du 28 juin 2021 (affaire R 1088/2020-5) (ci-après la « décision attaquée »).

Antécédents du litige

- 2 Le 9 août 2000, l'intervenante, McCain GmbH, a présenté à l'EUIPO une demande d'enregistrement de marque de l'Union européenne pour le signe tridimensionnel suivant :



- 3 Les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent de la classe 29 au sens de l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que révisé et modifié, et correspondent à la description suivante : « Croquettes de pommes de terre précuites et produit[e]s à base de purée de pomme[s] de terre surgelé[e]s ».
- 4 Le 25 septembre 2001, le signe en cause a été enregistré en tant que marque de l'Union européenne sous le numéro 1801166 pour les produits mentionnés au point 3 ci-dessus. Cet enregistrement a été publié au *Bulletin des marques communautaires* n° 96/2001, du 5 novembre 2001.
- 5 Le 2 janvier 2018, la requérante a présenté auprès de l'EUIPO une demande en déchéance, sur le fondement de l'article 58, paragraphe 1, sous a), du règlement 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne (JO 2017, L 154, p. 1), au motif que la marque en cause n'avait pas fait l'objet d'un usage sérieux pendant une période ininterrompue de cinq ans.
- 6 Le 31 mars 2020, la division d'annulation a rejeté la demande en déchéance.
- 7 Le 29 mai 2020, la requérante a formé un recours auprès de l'EUIPO, au titre des articles 66 à 71 du règlement 2017/1001, contre la décision de la division d'annulation.
- 8 Par la décision attaquée du 28 juin 2021, la chambre de recours a rejeté le recours. En particulier, elle a tout d'abord relevé que, la marque contestée ayant été enregistrée le 25 septembre 2001, celle-ci jouissait d'une présomption de validité et que, de ce fait, son caractère distinctif intrinsèque ne pouvait pas être mis en cause dans le cadre d'une procédure de déchéance. Par la suite, elle a indiqué que la demande en déchéance ayant été déposée le 2 janvier 2018, l'intervenante devait apporter la preuve de l'usage sérieux de cette marque dans l'Union européenne pendant les cinq années précédant cette date, c'est-à-dire du 2 janvier 2013 au 1^{er} janvier 2018 inclus (ci-après la « période pertinente »). Ensuite, sur la base des preuves apportées par l'intervenante, elle a constaté que les conditions relatives à la durée, au lieu, et à l'importance de l'usage étaient remplies. Enfin, en ce qui concerne l'examen des éléments portant sur la nature de l'usage de ladite marque, elle a considéré que celle-ci avait été utilisée conformément à sa fonction principale et sous une forme qui ne différait pas par des éléments en altérant le caractère distinctif de celle sous laquelle elle avait été enregistrée. Elle a également estimé que les éléments de preuve fournis par l'intervenante démontraient l'usage sérieux de la marque en question pour les produits concernés.

Conclusions des parties

- 9 La requérante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- annuler la décision attaquée ;
 - condamner l'EUIPO aux dépens, y compris ceux exposés dans le cadre des procédures devant la division d'annulation et la chambre de recours.
- 10 L'EUIPO et l'intervenante concluent à ce qu'il plaise au Tribunal :
- rejeter le recours ;
 - condamner la requérante aux dépens.

En droit

- 11 La requérante invoque deux moyens, tirés, le premier, de la violation de l'article 58, paragraphe 1, sous a), du règlement 2017/1001, lu en combinaison avec l'article 18, paragraphe 1, dudit règlement, et le second, de la violation de l'article 10, paragraphe 3, du règlement délégué (UE) 2018/625 de la Commission, du 5 mars 2018, complétant le règlement 2017/1001, et abrogeant le règlement délégué (UE) 2017/1430 de la Commission, du 18 mai 2017 (JO 2018, L 104, p. 1).

Sur le premier moyen, tiré de la violation de l'article 58, paragraphe 1, sous a), du règlement 2017/1001, lu en combinaison avec l'article 18, paragraphe 1, dudit règlement

- 12 La requérante conteste l'appréciation de la chambre de recours selon laquelle la preuve de l'usage propre à assurer le maintien des droits de l'intervenante a été apportée. D'une part, elle estime que des erreurs ont été commises par ladite chambre dans l'appréciation de l'usage de la marque contestée en tant que marque. À cet égard, elle fait valoir que cette chambre de recours a effectué un examen insuffisant du degré de caractère distinctif de ladite marque et erronément apprécié les éléments de preuve produits. D'autre part, elle soutient que cette chambre a commis des erreurs dans l'appréciation de la preuve de l'usage de cette marque telle qu'elle a été enregistrée ou sous une forme qui n'altère pas son caractère distinctif.
- 13 L'EUIPO, soutenu par l'intervenante, conteste les arguments de la requérante.
- 14 Aux termes de l'article 58, paragraphe 1, sous a), du règlement 2017/1001, le titulaire d'une marque de l'Union européenne est déclaré déchu de ses droits sur demande présentée auprès de l'EUIPO si, pendant une période ininterrompue de cinq ans, la marque n'a pas fait l'objet d'un usage sérieux dans l'Union pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée et qu'il n'existe pas de justes motifs pour le non-usage.
- 15 En ce qui concerne les critères d'appréciation de l'usage sérieux, en vertu de l'article 10, paragraphes 3 et 4, du règlement délégué (UE) 2018/625, applicable aux procédures de déchéance conformément à l'article 19, paragraphe 1 de ce règlement délégué, les preuves de l'usage doivent porter sur le lieu, la durée, l'importance et la nature de l'usage qui a été fait de la marque pour les produits ou services pour lesquels elle est enregistrée et se limitent à la production de pièces justificatives comme, par exemple, des emballages, des étiquettes, des barèmes de prix, des catalogues, des factures, des photographies, des annonces dans les journaux, et aux déclarations écrites visées à l'article 97, paragraphe 1, sous f), du règlement 2017/1001.
- 16 À cet égard, il ressort de la jurisprudence qu'une marque fait l'objet d'un usage sérieux lorsqu'elle est utilisée, conformément à sa fonction essentielle qui est de garantir l'identité d'origine des produits et des services pour lesquels elle a été enregistrée, aux fins de créer ou de conserver un débouché pour ces produits et services, à l'exclusion d'usages de caractère symbolique ayant pour seul objet le

maintien des droits conférés par la marque [voir arrêt du 8 juillet 2004, Sunrider/OHMI – Espadafor Caba (VITAFRUIT), T-203/02, EU:T:2004:225, point 39 et jurisprudence citée].

- 17 L'appréciation du caractère sérieux de l'usage de la marque doit reposer sur l'ensemble des faits et des circonstances propres à établir la réalité de l'exploitation commerciale de celle-ci, en particulier les usages considérés comme justifiés dans le secteur économique concerné pour maintenir ou créer des parts de marché au profit des produits ou des services protégés par la marque, la nature de ces produits ou de ces services, les caractéristiques du marché, l'étendue et la fréquence de l'usage de la marque (arrêt du 8 juillet 2004, VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, point 40 ; voir également, par analogie, arrêt du 11 mars 2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, point 43).
- 18 Pour examiner le caractère sérieux de l'usage d'une marque contestée, il convient de procéder à une appréciation globale en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce (voir arrêt du 8 juillet 2004, VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, point 42 et jurisprudence citée).
- 19 L'usage sérieux d'une marque ne peut être démontré par des probabilités ou des présomptions, mais doit reposer sur des éléments concrets et objectifs qui prouvent une utilisation effective et suffisante de la marque sur le marché concerné [voir arrêt du 6 octobre 2004, Vitakraft-Werke Wührmann/OHMI – Krafft (VITAKRAFT), T-356/02, EU:T:2004:292, point 28 et jurisprudence citée].
- 20 C'est à la lumière de ces considérations qu'il convient d'examiner le premier moyen.

a. Sur le premier grief relatif à l'usage de la marque contestée en tant que marque

- 21 La requérante fait valoir que la chambre de recours a effectué un examen insuffisant du caractère distinctif de la marque contestée et que, pour cette raison, elle a abouti à une appréciation erronée de l'usage en tant que marque. Selon elle, ladite chambre aurait dû constater l'existence d'un caractère distinctif, en substance, extrêmement faible de cette marque contestée, car l'usage des smileys était répandu dans plusieurs secteurs, dont le secteur alimentaire. De plus, elle reproche à cette chambre de ne pas avoir suffisamment pris en compte, au point 63 de la décision attaquée, l'évolution de la perception des smileys par le public pertinent. Elle ajoute que même si ladite marque avait un caractère distinctif intrinsèque au moment de la demande d'enregistrement, celui-ci a été réduit de manière significative au fil des ans en raison de l'usage omniprésent des smileys. Par ailleurs, elle affirme que la chambre en question a tiré des conclusions erronées de l'étude de marché fournie par l'intervenante. Selon elle, les informations y figurant permettaient de conclure que des produits sous forme d'un visage souriant avaient été commercialisés par des fabricants tiers au cours de la période pertinente. Elle soutient que, compte tenu du caractère distinctif intrinsèque extrêmement faible de la marque en question, la même chambre aurait dû conclure à l'absence d'usage en tant que marque. Par ailleurs, elle fait valoir que la chambre en cause a erronément considéré que les preuves de l'usage produites par l'intervenante démontraient que le public pertinent perçoit la forme protégée par la marque concernée comme une indication d'origine commerciale. Selon elle, la représentation d'un visage souriant sur les emballages des produits et dans la publicité était un élément purement décoratif ou esthétique.
- 22 L'EUIPO et l'intervenante contestent les arguments de la requérante.
- 23 En l'espèce, en premier lieu, il convient de constater, ainsi que l'a relevé à juste titre la chambre de recours aux points 15 à 17 de la décision attaquée et sans que cela soit contesté par la requérante, que dès lors que la marque contestée a été admise à l'enregistrement en tant que marque de l'Union européenne, elle doit être présumée valide. Plus spécifiquement, ladite marque doit être présumée comme n'étant pas dépourvue de caractère distinctif, au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement 2017/1001. La requérante ayant expressément fondé sa demande en déchéance sur la seule disposition de l'article 58, paragraphe 1, sous a), du règlement 2017/1001, il n'incombe pas à l'EUIPO et il n'incombe pas davantage au Tribunal de remettre en cause cette présomption de caractère distinctif intrinsèque dans le cadre de la présente procédure de déchéance [arrêt du 10 octobre 2017, Klement/EUIPO – Bullerjan (Forme d'un four), T-211/14 RENV, non publié, EU:T:2017:715, point 26].

- 24 En outre, ainsi que l'EUIPO le relève, la question de savoir si le caractère distinctif intrinsèque de la marque contestée doit être qualifié de moyen ou de faible ne saurait avoir une incidence déterminante sur l'appréciation relative à l'usage de la marque contestée en tant que marque, laquelle dépend de la question de savoir si cette marque est perçue par le public pertinent en tant qu'indication de l'origine commerciale.
- 25 Il s'ensuit que l'argument de la requérante tiré de l'examen insuffisant, par la chambre de recours, du maintien du caractère distinctif de la marque contestée et du degré de celui-ci doit donc être rejeté comme inopérant.
- 26 En deuxième lieu, il convient de relever que la marque contestée est un signe tridimensionnel ayant la forme d'un visage souriant ou smiley. Les produits qu'elle désigne, à savoir les croquettes de pommes de terre précuites et produites à base de purée de pommes de terre surgelées, revêtent ladite forme.
- 27 Il résulte de la jurisprudence que la capacité d'une marque tridimensionnelle constituée par l'apparence du produit lui-même à exercer la fonction essentielle d'une marque, à savoir indiquer l'origine commerciale des produits et des services qu'elle désigne, ne doit pas être appréciée selon des critères différents de ceux applicables aux autres catégories de marques. Toutefois, il convient de tenir compte, dans le cadre de l'application de ces critères, du fait que la perception du public pertinent n'est pas nécessairement la même dans le cas d'une marque verbale ou figurative, qui consiste en un signe indépendant de l'apparence des produits qu'elle désigne. En effet, les consommateurs moyens n'ont pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se fondant sur leur forme ou sur celle de leur emballage (voir arrêt du 27 septembre 2018, M J Quinlan & Associates/EUIPO – Intersnack Group (Forme d'un kangourou), T-219/17, non publié, EU:T:2018:610, point 32 et jurisprudence citée).
- 28 Il s'ensuit que, pour parvenir à la conclusion que la marque contestée a effectivement été utilisée conformément à sa fonction essentielle, la preuve de son usage doit se matérialiser par des éléments qui permettent de conclure de façon, non équivoque, que le consommateur est en mesure d'associer la forme tridimensionnelle des produits que la marque désigne à une entreprise déterminée, indépendamment de la question de savoir si le consommateur entre visuellement en contact avec ces produits lors de l'achat ou si la marque tridimensionnelle reprenant leur forme est visible sur leur emballage. En effet, l'usage sérieux d'une marque ne peut être constaté que lorsque cette marque est utilisée pour garantir l'identité d'origine des produits ou des services pour lesquels elle avait été enregistrée (voir arrêt du 27 septembre 2018, Forme d'un kangourou, T-219/17, non publié, EU:T:2018:610, point 33 et jurisprudence citée).
- 29 En l'espèce, afin de conclure que la forme tridimensionnelle d'un visage souriant a effectivement été utilisée en tant que marque, il y a lieu d'examiner si les éléments de preuve produits par l'intervenante permettent de conclure que la marque contestée a été utilisée conformément à sa fonction essentielle d'indication de l'origine commerciale des produits concernés pendant la période pertinente.
- 30 À cet égard, la chambre de recours a précisé, au point 60 de la décision attaquée, que la marque contestée a été promue par de nombreuses campagnes publicitaires, figurait sur les emballages des produits, et était directement visible lors de l'achat à travers l'emballage transparent.
- 31 Premièrement, s'agissant des emballages des produits reproduits aux point 78 de la décision attaquée, il convient de constater, à l'instar de la chambre de recours, que la forme d'un visage souriant représentée par la marque contestée était entièrement visible sur lesdits emballages. En effet, celle-ci apparaît au premier plan et dans une taille imposante.
- 32 Deuxièmement, s'agissant des emballages des produits destinés aux professionnels de la restauration (clients de Foodservice), tels que reproduits au point 79 de la décision attaquée, force est de constater que la forme tridimensionnelle constituant la marque contestée était directement visible à travers l'emballage transparent. Cette constatation n'est pas contestée par la requérante.
- 33 Troisièmement, s'agissant du matériel publicitaire, il a été jugé qu'un ensemble d'éléments de preuve consistant en du matériel publicitaire était susceptible de démontrer l'utilisation d'une marque

contestée pour identifier la provenance des produits visés par cette dernière et, dès lors, de garantir l'identité d'origine des produits pour lesquels ladite marque avait été enregistrée, ce qui correspondait à la fonction essentielle d'une marque, au sens de la jurisprudence citée au point 16 ci-dessus [voir arrêt du 28 février 2019, Lotte/EUIPO – Générale Biscuit-Glico France (PEPERO original), T-459/18, non publié, EU:T:2019:119, point 76 et jurisprudence citée].

- 34 Il ressort des publicités télévisées diffusées en Allemagne, en France et en Italie que la forme du produit correspondant à la marque contestée est clairement mise en valeur. Il ressort également des photographies extraites du site Internet de Facebook datant de 2014 et de 2015 que ladite marque était utilisée de manière proéminente.
- 35 Au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, la chambre de recours a pu considérer, au point 61 de la décision attaquée, que le consommateur pertinent avait été confronté à la marque contestée d'une manière intense qui lui a permis d'établir facilement un lien avec le producteur à partir du visage souriant.
- 36 En troisième lieu, s'agissant de l'argument de la requérante tiré de ce que la forme d'un visage souriant représentée par la marque contestée ne diverge pas de manière significative des habitudes du secteur alimentaire et, de ce fait, ne remplit pas la fonction d'indication de l'origine commerciale, il convient d'observer que la chambre de recours a relevé, au point 65 de la décision attaquée, qu'il était notoire que les produits surgelés à base de pommes de terre, tels que les frites et les croquettes, étaient généralement conçus sous forme de bâtonnets, de palets ou de manière cunéiforme. Elle a aussi considéré, au même point, qu'il ressortait de l'étude de marché produite par l'intervenante qu'il n'existait, pratiquement, pas de produits conçus de manière identique ou similaire par des tiers qui soient vendus dans le commerce de détail ou à des clients de Foodservice au cours de la période pertinente.
- 37 À cet égard, premièrement, c'est sans commettre d'erreur que la chambre de recours a considéré qu'il était notoire que les produits surgelés à base de pommes de terre étaient habituellement présentés sur le marché concerné sous forme de bâtonnets, de palets ou de manière cunéiforme, et non avec des visages ou d'autres éléments anthropomorphes.
- 38 La jurisprudence invoquée par la requérante ne saurait remettre en cause une telle constatation. Dans l'arrêt du 7 octobre 2015, *The Smiley Company/OHMI (Forme d'un smiley avec des yeux en cœur)* (T-656/13, non publié, EU:T:2015:758, points 38 et 39), le Tribunal a certes constaté que face à l'abondance des formes dans les secteurs dont sont issues les préparations faites de céréales, de boulangerie et de pâtisserie, la marque demandée consistant en une forme smiley n'est pas susceptible d'indiquer l'origine commerciale. Toutefois, l'abondance des formes en rapport avec certains produits alimentaires n'est pas forcément transposable à d'autres produits alimentaires similaires [arrêts du 7 octobre 2015, *The Smiley Company/OHMI (Forme d'un visage avec des cornes)*, T-242/14, non publié, EU:T:2015:762, point 63, et du 7 octobre 2015, *The Smiley Company/OHMI (Forme d'un visage en étoile)*, T-244/14, non publié, EU:T:2015:764, point 66].
- 39 Par ailleurs, si, dans une décision antérieure du 4 octobre 2013 (affaire R 788/2013-4), la quatrième chambre de recours de l'EUIPO a considéré que la représentation d'un simple smiley ne permettrait pas au consommateur ciblé d'attribuer les produits désignés à une entreprise déterminée, il convient de relever qu'une telle appréciation a été portée dans le cadre de l'examen d'un motif absolu de refus d'enregistrement pour défaut de caractère distinctif de la marque et concernait une marque figurative représentant un visage souriant de forme géométrique élémentaire visant des produits différents de ceux couverts par la marque contestée.
- 40 Deuxièmement, contrairement à ce que la requérante affirme, l'étude d'environnement de marché fournie par l'intervenante ne démontre pas la commercialisation répandue des produits présentant une forme identique à celle constituant la marque contestée pendant la période pertinente. En effet, ladite étude indique que « des produits à base de pommes de terre surgelées en forme de visages d'autres fabricants n'existent pas actuellement et n'ont pas existé dans le passé ».

41 En outre, certes, la présence sur le marché d'un nombre important de formes que le consommateur peut rencontrer rend peu probable que ce dernier considère un type particulier de forme comme relevant d'un fabricant spécifique plutôt que de la diversité caractérisant ledit marché [voir, en ce sens, arrêt du 28 juin 2019, Gibson Brands/EUIPO – Wilfer (Forme d'un corps de guitare), T-340/18, non publié, EU:T:2019:455, points 35 et 36]. Toutefois, en l'espèce, si l'étude d'environnement de marché affirme que deux autres fabricants commercialisaient des produits présentant une forme semblable à celle de la marque contestée, à savoir une forme d'un visage en forme d'étoile ou de lune et une forme d'un visage d'ours, aucun élément de preuve ne démontre que le secteur concerné se caractérise par une importante diversité de formes dont la marque contestée est simplement considérée comme une variante.

42 Dans ces conditions, la requérante n'est pas fondée à soutenir que la forme d'un visage souriant représentée par la marque contestée ne diverge pas de manière significative des habitudes du secteur alimentaire et, de ce fait, ne remplit pas la fonction d'indication de l'origine commerciale.

43 Au vu de l'ensemble des constatations qui précèdent, il y a lieu de rejeter le présent grief.

b. Sur le second grief relatif à l'usage sérieux de la marque contestée sous la forme enregistrée ou sous une forme qui constituait une différence acceptable

44 La requérante fait valoir que c'est à tort que la chambre de recours a estimé que la marque contestée avait fait l'objet d'un usage sous sa forme enregistrée ou sous une forme n'altérant pas son caractère distinctif. En particulier, premièrement, elle soutient que la présence de la couleur jaune doré altère le caractère distinctif de ladite marque, enregistrée en noir et blanc, dans la mesure où cette couleur confère aux visages souriants un caractère individuel et personnel. Elle souligne également que ladite chambre n'a pas expliqué les raisons pour lesquelles celle-ci a estimé, au point 70 de la décision attaquée, que l'usage de la marque contestée en jaune doré était équivalent à l'usage de la marque telle qu'enregistrée, à savoir en noir et blanc. Selon elle, cette chambre se borne uniquement à indiquer que cela « va de soi ».

45 Deuxièmement, la requérante soutient que lorsque la représentation du visage souriant est utilisée conjointement avec l'élément verbal « smiles », cette représentation figurative ne sert qu'à souligner le sens dudit élément verbal.

46 Troisièmement, la requérante conteste l'appréciation de la chambre de recours selon laquelle la représentation bidimensionnelle du produit sur les emballages constitue un usage propre à assurer le maintien des droits de la marque contestée. Elle estime que la jurisprudence citée au point 72 de la décision attaquée, selon laquelle il n'existe pas de différence substantielle, en ce qui concerne l'appréciation du caractère distinctif d'une marque, entre une reproduction tridimensionnelle et une reproduction bidimensionnelle, ne s'applique pas à l'appréciation de l'usage propre à assurer le maintien des droits d'une marque, comme c'est le cas en l'espèce.

47 Quatrièmement, la requérante allègue que la chambre de recours n'a pas examiné en détail dans quelle mesure il existait des différences entre, d'un côté, les preuves d'usage apportées par l'intervenante, à savoir la représentation bidimensionnelle du produit sur les emballages ainsi que la présence des produits eux-mêmes, directement visibles à travers l'emballage transparent, et, de l'autre côté, la marque contestée, telle qu'enregistrée. Elle ajoute que ladite chambre n'a pas examiné son argumentation selon laquelle cette marque est inscrite au registre « uniquement sous la forme d'une photo floue », tandis que les formes d'usage montrées en tant que preuves par l'intervenante « représentent quelque chose de différent ».

48 L'EUIPO et l'intervenante contestent les arguments de la requérante.

49 Conformément à l'article 18, paragraphe 1, sous a), du règlement 2017/1001, constitue un usage de la marque de l'Union européenne, un usage sous une forme qui diffère par des éléments n'altérant pas le caractère distinctif de la marque dans la forme sous laquelle elle a été enregistrée, que la marque soit ou non également enregistrée sous la forme utilisée au nom du titulaire.

- 50 L'objet de l'article 18, paragraphe 1, sous a), du règlement 2017/1001, qui évite d'imposer une conformité stricte entre la forme utilisée de la marque et celle sous laquelle la marque a été enregistrée, est de permettre au titulaire de cette dernière d'apporter au signe, à l'occasion de son exploitation commerciale, les variations qui, sans en modifier le caractère distinctif, permettent de mieux l'adapter aux exigences de commercialisation et de promotion des produits ou des services concernés. Conformément à son objet, le champ d'application matériel de cette disposition doit être considéré comme limité aux situations dans lesquelles, le signe concrètement utilisé par le titulaire d'une marque pour désigner les produits ou les services pour lesquels celle-ci a été enregistrée constitue la forme sous laquelle cette même marque est commercialement exploitée. Dans de pareilles situations, lorsque le signe utilisé dans le commerce diffère de la forme sous laquelle celui-ci a été enregistré uniquement par des éléments négligeables, de sorte que les deux signes peuvent être considérés comme globalement équivalents, la disposition susvisée prévoit que l'obligation d'usage de la marque enregistrée peut être remplie en rapportant la preuve de l'usage du signe qui en constitue la forme utilisée dans le commerce [voir arrêt du 15 décembre 2015, LTJ Diffusion/OHMI – Arthur et Aston (ARTHUR & ASTON), T-83/14, EU:T:2015:974, point 18 et jurisprudence citée].
- 51 Le constat d'une altération du caractère distinctif de la marque telle qu'enregistrée requiert un examen du caractère distinctif et dominant des éléments ajoutés en se fondant sur les qualités intrinsèques de chacun de ces éléments ainsi que sur la position relative des différents éléments dans la configuration de la marque [arrêts du 12 mars 2014, Borrajo Canelo/OHMI – Tecnoazúcar (PALMA MULATA), T-381/12, non publié, EU:T:2014:119, point 30, et du 20 juillet 2017, Cafés Pont/EUIPO – Giordano Vini (Art's Cafè), T-309/16, non publié, EU:T:2017:535, point 16].
- 52 En l'espèce, il convient d'examiner si, ainsi que le prétend la requérante, les éléments de preuve fournis par l'intervenante lors de la procédure devant l'EUIPO font apparaître la marque contestée sous des formes différentes de celle sous laquelle elle a été enregistrée.
- 53 En premier lieu, s'agissant de la reproduction en couleur de la marque contestée, il convient de constater que les emballages des produits et les campagnes publicitaires télévisées, présentées en tant qu'éléments de preuve, mettent en scène la forme d'un visage souriant en jaune doré. Toutefois, comme l'a affirmé, à juste titre, la chambre de recours, le simple ajout d'une couleur n'altère pas le caractère distinctif de ladite marque, enregistrée en noir et blanc, dans la mesure où la forme de ce visage souriant reste la même et correspond dans ses dimensions à cette marque, telle qu'enregistrée. Contrairement à ce que soutient la requérante, la couleur utilisée ne saurait être considérée comme étant l'un des principaux facteurs conférant à la marque en question son caractère distinctif, car le jaune doré correspond à la couleur naturelle des produits à base de pommes de terre.
- 54 Il s'ensuit que la chambre de recours n'a pas commis d'erreur en constatant que l'ajout d'une couleur jaune doré dans le signe utilisé constituait une variation acceptable de la marque contestée aux fins d'établir l'usage sérieux de cette marque.
- 55 Par ailleurs, en ce qui concerne l'argument de la requérante tiré d'un vice de motivation évoqué au point 44 ci-dessus, il y a lieu de constater que la motivation succincte exposée au point 70 de la décision attaquée est suffisante pour permettre à la requérante de comprendre les raisons pour lesquelles l'utilisation de la couleur jaune doré n'altère pas le caractère distinctif de la marque contestée et au Tribunal d'exercer son contrôle.
- 56 En deuxième lieu, en ce qui concerne l'usage conjoint de la marque contestée avec la marque verbale SMILES sur les emballages des produits reproduits au point 60 de la décision attaquée, il convient de relever que la forme d'un visage souriant représentée par la marque contestée est située à côté de ladite marque verbale.
- 57 À cet égard, il y a lieu de rappeler que la condition d'usage sérieux d'une marque au sens de l'article 18, paragraphe 1, sous a), du règlement 2017/1001 peut être remplie lorsqu'une marque est utilisée conjointement avec une autre marque, pour autant que la marque continue d'être perçue comme une indication de l'origine du produit en cause (arrêts du 10 octobre 2017, Forme d'un four, T-211/14 RENV,

non publié, EU:T:2017:715, point 47, et du 28 février 2019, PEPERO original, T-459/18, non publié, EU:T:2019:119, point 97).

- 58 Or, en l'espèce, ainsi que la chambre de recours l'a considéré, à juste titre, au point 76 de la décision attaquée, la présence de la marque verbale SMILES apparaît comme un élément indépendant et non comme formant une unité avec la marque contestée. En effet, l'ajout de cette marque verbale n'empêchera pas le public pertinent de percevoir la forme de la marque contestée, laquelle demeure identique, comme indication de l'origine des produits concernés. En outre, même si ladite marque verbale est entièrement visible sur les emballages des produits, la forme d'un visage souriant constituant la marque contestée reste clairement identifiable. Dans ces conditions, il ne saurait être considéré que le caractère distinctif de cette dernière marque soit altéré par la présence de la marque verbale en question sur les emballages des produits concernés.
- 59 En troisième lieu, s'agissant de la prétendue altération du caractère distinctif de la marque contestée au sein d'éléments de preuve représentant le produit vendu par l'intervenante dans une forme bidimensionnelle, il importe de souligner que, par essence, une marque tridimensionnelle constituée par l'apparence du produit lui-même ne se confond pas avec sa représentation graphique bidimensionnelle. Il s'ensuit que, lorsque, comme en l'espèce, une image du produit figure sur l'emballage, les consommateurs ne sont pas confrontés à la marque elle-même, en tant que marque constituée par la forme tridimensionnelle du produit. Toutefois, il ressort de la jurisprudence qu'il ne saurait être exclu que la représentation bidimensionnelle d'une marque tridimensionnelle puisse, le cas échéant, faciliter la connaissance de la marque par le public pertinent lorsqu'elle permet de percevoir les éléments essentiels de la forme tridimensionnelle du produit (arrêt du 22 juin 2006, Storck/OHMI, C-24/05 P, EU:C:2006:421, point 60).
- 60 En l'espèce, s'agissant de la représentation bidimensionnelle de la marque contestée sur les emballages non transparents, il convient d'observer, ainsi que l'a relevé la chambre de recours au point 78 de la décision attaquée, que la forme d'un visage souriant reste facilement identifiable par le public pertinent même lorsque celle-ci est accompagnée d'autres éléments représentant des mini-pieds, des chapeaux ou des mains semi-apparentes. En effet, cet ajout a un effet fortement ludique ou publicitaire, sans pour autant introduire un élément de différenciation considérable par rapport à ladite marque, telle qu'enregistrée. Par ailleurs, contrairement à ce que la requérante affirme, cette marque n'est pas inscrite au registre sous la forme d'une photo « vaguement reconnaissable », mais ladite photo permet de reconnaître facilement la forme d'un visage souriant ayant une surface rugueuse. De même, force est de constater que sur les emballages en question la forme d'un visage souriant est clairement perceptible.
- 61 Par conséquent, l'éventuelle circonstance que des éléments de preuve présentés par l'intervenante reproduisent l'image bidimensionnelle sur les emballages ne constitue pas, en tant que telle, une raison suffisante pour considérer que de tels éléments ne seraient pas idoines à prouver l'usage sérieux de la marque contestée dans la mesure où ceux-ci permettent de percevoir les éléments essentiels de la forme tridimensionnelle du produit au sens de la jurisprudence indiquée au point 59 ci-dessus.
- 62 Il s'ensuit que le présent grief n'est pas fondé.
- 63 Par conséquent, le premier moyen doit être rejeté.

Sur le second moyen, tiré de la violation de l'article 10, paragraphe 3, du règlement délégué 2018/625

- 64 La requérante soutient, en substance, que la chambre de recours a commis des erreurs dans l'appréciation des études d'environnement de marché produites par l'intervenante et par elle. En premier lieu, ladite chambre n'aurait pas tenu compte de manière adéquate des résultats de l'étude d'environnement de marché de l'intervenante. En particulier, elle aurait méconnu que le degré de reconnaissance de la marque contestée par les personnes interrogées, constaté dans cette étude, était pertinent pour apprécier si ladite marque avait fait l'objet d'un usage en tant que marque. De plus,

selon la requérante, le pourcentage de 4 % de la reconnaissance qui ressort de ladite étude n'est en aucun cas suffisant pour démontrer un usage en tant que marque.

- 65 En second lieu, la requérante estime que la chambre de recours n'a pas tiré des conclusions spécifiques du degré de reconnaissance de la marque contestée constaté dans l'étude de marché présentée par elle et n'a pas inclus ladite étude dans l'appréciation globale des éléments de preuve. Par ailleurs, selon elle, si ladite chambre avait correctement apprécié le degré du caractère distinctif de ladite marque, celle-ci aurait accordé plus d'importance aux résultats de cette étude et, par conséquent, aurait conclu à l'absence d'usage de cette marque en tant que marque.
- 66 L'EUIPO estime que le présent moyen est inopérant, car aucune des deux études de marché n'est déterminante pour constater l'usage sérieux de la marque contestée. Dans le cadre de l'appréciation globale des éléments de preuve, les constats figurant dans ces études de marché ne seraient mentionnés qu'à titre supplétif, mais ne constitueraient pas le fondement de la décision attaquée.
- 67 L'intervenante conteste les arguments de la requérante.
- 68 S'agissant, d'une part, de l'étude d'environnement de marché produite par l'intervenante, il ressort du point 101 de la décision attaquée qu'elle a été réalisée au cours de la période allant du 28 juin au 11 juillet 2019 auprès de 1 228 personnes issues de la population allemande, âgées de seize ans ou plus. Cette étude montre que 30 % des personnes interrogées et 32 % du public attribuent la configuration présentée à un fabriquant bien déterminé. Il s'avère également qu'elle montre qu'un pourcentage, non négligeable, des personnes interrogées considère que la marque contestée lui est connue.
- 69 S'agissant, d'autre part, de l'étude de marché produite par la requérante, il découle du dossier qu'elle a été élaborée au cours de la période allant du 12 au 21 février 2019 auprès de 616 personnes issues de la population allemande, âgées de seize ans ou plus. Il ressort du point 109 de la décision attaquée que cette étude indique que bien moins de 10 % des personnes consultées considèrent la marque contestée comme une indication de l'origine commerciale.
- 70 À cet égard, il convient de constater, tout d'abord, que, contrairement à ce que soutient la requérante, la chambre de recours a tenu compte des études de marché présentées par la requérante et par l'intervenante lors de l'appréciation globale des éléments de preuve de l'usage. Cela ressort de l'emploi, au point 114 de la décision attaquée, du terme « études » au pluriel.
- 71 Ensuite, il ressort de la décision attaquée, et notamment de ses points 66, 80 et 96 à 113, que la chambre de recours n'a examiné la valeur probante des deux études de marché produites qu'après avoir constaté que les éléments de preuve fournis par l'intervenante démontraient l'usage en tant que marque et sous la forme enregistrée de la marque contestée.
- 72 Il convient par ailleurs d'observer que, au point 104 de la décision attaquée, la chambre de recours a précisé que l'étude d'environnement de marché de l'intervenante, associée aux autres éléments de preuve, permettait de confirmer ou, à tout le moins, de mieux apprécier la portée de l'usage de la marque contestée au cours de la période pertinente. Au point 113 de la décision attaquée, elle a indiqué que les résultats de ladite étude devaient être appréciés au regard des autres éléments de preuve, en particulier les chiffres de vente et le matériel promotionnel.
- 73 Il s'ensuit que la chambre de recours n'a utilisé les deux études de marché qu'en vue de conforter ses conclusions, figurant aux points 66 et 80 de la décision attaquée, concernant la nature de l'usage de la marque contestée. Partant, même à les supposer établies, les prétendues erreurs commises par la chambre de recours dans l'appréciation de ces études ne seraient pas de nature à modifier sa conclusion quant à l'usage de la marque contestée.
- 74 Au surplus, à elle seule, la circonstance que, selon l'étude de marché fournie par la requérante, seuls 4 % des personnes interrogées comprennent la marque contestée comme une indication de l'origine

commerciale n'est pas de nature à établir l'absence d'usage sérieux de la marque contestée. En effet, d'une part, la requérante a elle-même reconnu que cette étude de marché présentait des lacunes et des erreurs, notamment en raison de la formulation des questions posées. D'autre part, ainsi que la chambre de recours l'a relevé à juste titre, en se référant par analogie à la jurisprudence concernant le caractère distinctif acquis par l'usage, il n'existe pas de seuil de pourcentage relatif au degré de reconnaissance de la marque pour démontrer son usage en tant que marque (voir, en ce sens et par analogie, arrêt du 19 juin 2014, Oberbank e.a., C-217/13 et C-218/13, EU:C:2014:2012, points 48 et 49).

- 75 En tout état de cause, il suffit de rappeler, ainsi qu'il résulte des points 23 à 43 et 53 à 63 ci-dessus, que, après avoir procédé à l'appréciation globale de l'usage de la marque contestée en tant que marque, la chambre de recours a correctement considéré que l'usage sérieux de cette marque a bien été démontré.
- 76 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de rejeter le second moyen et, partant, le recours dans son ensemble.

Sur les dépens

- 77 Aux termes de l'article 134, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La requérante ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens, conformément aux conclusions de l'EUIPO et de l'intervenante.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (sixième chambre)

déclare et arrête :

- 1) Le recours est rejeté.**
- 2) Agrarfrost GmbH & Co. KG est condamnée aux dépens.**

Marcoulli

Frimodt Nielsen

Norkus

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 14 décembre 2022.

Signatures

* Langue de procédure : l'allemand.