Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
présentées le 22 novembre 2018 [1]

Affaire C-578/17

Oy Hartwall Ab
Autre partie :
Patentti- ja rekisterihallitus

[demande de décision préjudicielle formée par le Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême, Finlande)]

« Renvoi préjudiciel – Marques – Directive 2008/95/CE – Article 2 – Article 3, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3 – Motifs de refus ou de nullité – Caractère distinctif – Caractère distinctif acquis par l'usage – Caractère distinctif intrinsèque – Représentation graphique – Marque de couleur ou marque figurative – Marque de couleur présentée comme une marque figurative – Conditions d'enregistrement – Catégories de marques – Types de marques – Contradictions dans la demande de marque »

I. Introduction

1. Par la présente demande de décision préjudicielle, le Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême, Finlande) a saisi la Cour de plusieurs questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'exigence de la représentation graphique, figurant à l'article 2, et de l'exigence du caractère distinctif figurant à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3, de la directive 2008/95/CE [2].

2. La demande de décision préjudicielle tire son origine d'un litige opposant la société Oy Hartwall Ab au Patentti- ja rekisterihallitus (office de la propriété intellectuelle, Finlande). Ce dernier a rejeté la demande présentée par Oy Hartwall aux fins de l'enregistrement d'une marque de couleur, au motif que la marque demandée ne possédait pas le caractère distinctif exigé d'une marque de couleur. Dans ladite demande, la marque de couleur était représentée graphiquement sous la forme d'une figure.

3. La présente affaire pose dès lors la question de savoir comment il convient d'interpréter, dans le cadre de l'enregistrement éventuel d'une marque de couleur, l'exigence de la représentation graphique et l'exigence du caractère distinctif qui sont prévues dans la directive 2008/95. Par ses questions, la juridiction de renvoi souhaite plus précisément savoir si les articles 2 et 3 de la directive s'opposent à l'enregistrement d'une marque de couleur qui a été représentée graphiquement sous la forme d'une figure dans la demande de marque.

1 Langue originale : le danois.

2 Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2008, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 2008, L 299, p. 25).

4. J'exposerai dans les présentes conclusions pourquoi j'estime, d'une part, qu'il convient d'interpréter l'article 2 et l'article 3, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3, de cette directive en ce sens que le point de savoir si l'enregistrement d'une marque est demandé en tant que marque figurative ou en tant que marque de couleur est pertinent aux fins de l'interprétation de l'exigence du caractère distinctif et, d'autre part, que l'article 2 s'oppose à l'enregistrement d'une marque pour laquelle, comme en l'espèce, la représentation graphique revêt la forme d'une figure, tandis que le demandeur sollicite son enregistrement en tant que marque de couleur.

II. Le cadre juridique

A. La directive 2008/95

5. L'article 2, intitulé « Signes susceptibles de constituer une marque », de la directive 2008/95[3] est libellé comme suit :

« Peuvent constituer des marques tous les signes susceptibles d'une représentation graphique, notamment les mots, y compris les noms de personnes, les dessins, les lettres, les chiffres, la forme du produit ou de son conditionnement, à condition que de tels signes soient propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. »

6. L'article 3, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3, qui concerne les motifs de refus ou de nullité, dispose :

« 1. Sont refusés à l'enregistrement ou sont susceptibles d'être déclarés nuls s'ils sont enregistrés :

[…]

b) les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif ;

[…]

3. Une marque n'est pas refusée à l'enregistrement ou, si elle est enregistrée, n'est pas susceptible d'être déclarée nulle en application du paragraphe 1, points b), c) ou d), si, avant la date de la demande d'enregistrement et après l'usage qui en a été fait, elle a acquis un caractère distinctif. En outre, les États membres peuvent prévoir que la présente disposition s'applique également lorsque le caractère distinctif a été acquis après la demande d'enregistrement ou après l'enregistrement. »

B. Le droit finlandais

7. La directive 2008/95 a été transposée en droit finlandais par la loi n° 7/1964 sur les marques, du 10 janvier 1964, modifiée en dernier lieu, pour ce qui est de la version applicable en l'espèce, par la loi n° 56/2000.

3 La directive 2008/95 a abrogé et remplacé la directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1). Les articles 2 et 3 de la directive 2008/95, dont l'interprétation est demandée dans la présente affaire, reprennent à l'identique les articles 2 et 3 de la directive 89/104. La jurisprudence relative à la directive 89/104 est donc également pertinente en l'espèce. La directive 2008/95 a été remplacée par la nouvelle directive sur les marques, la directive (UE) 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 2015, L 336, p. 1), pour laquelle le délai de transposition est fixé au 14 janvier 2019.

8. En vertu de l'article 1er, paragraphe 2, de la loi sur les marques (modifié en dernier lieu, pour ce qui est de la version applicable en l'espèce, par la loi nº 39/1993), peuvent constituer des marques tous les signes susceptibles de représentation graphique qui sont aptes à distinguer les produits mis en circulation dans le commerce des produits d'un tiers. Cette disposition précise ensuite qu'une marque peut notamment consister en des mots, y compris les noms de personne, des dessins, des lettres, des chiffres, la forme du produit ou de son conditionnement.

9. Aux termes de l'article 13 de la loi sur les marques (modifié en dernier lieu, pour ce qui est de la version applicable en l'espèce, par la loi nº 56/2000), la marque à enregistrer doit être apte à distinguer les produits de son titulaire de ceux d'un tiers. Un signe indiquant, soit exclusivement, soit uniquement par des variations mineures ou des ajouts, l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, le prix, le lieu ou la date de fabrication du produit ne doit pas être considéré en soi comme possédant un caractère distinctif. Lors de l'examen du caractère distinctif d'un signe, il y a lieu, selon cet article, de prendre en considération l'ensemble des circonstances de l'affaire et en particulier la durée et l'importance de l'utilisation de la marque.

III. Le litige au principal, les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

10. La société Oy Hartwall a demandé, le 20 septembre 2012, l'enregistrement du signe reproduit ci-dessous auprès de l'office de la propriété intellectuelle. Selon la représentation graphique du signe, celui-ci est composé d'un ruban bleu bordé d'une fine bande grise. L'enregistrement du signe a été demandé en tant que marque de couleur pour les produits « eaux minérales » relevant de la classe 32. Oy Hartwall a indiqué ce qui suit en ce qui concerne la couleur : les couleurs du signe sont le bleu (PMS 2748, PMS CYAN) et le gris (PMS 877).



11. Dans le cadre de sa demande, Oy Hartwall avait présenté à l'office de la propriété intellectuelle une étude de marché, dans laquelle la marque demandée avait été décrite aux personnes interrogées, et une attestation établie par deux de ses salariés qui portait sur l'utilisation de la marque pour identifier ses produits.

12. À la suite d'une décision préparatoire de l'office de la propriété intellectuelle, Oy Hartwall a précisé qu'elle sollicitait l'enregistrement de la marque demandée en tant que marque de couleur, et non en tant que marque figurative.

13. Par une décision du 5 juin 2013, l'office de la propriété intellectuelle a rejeté la demande au motif que la marque demandée était dépourvue de caractère distinctif. L'office de la propriété intellectuelle indique notamment, dans les motifs de sa décision, que, en vertu d'une pratique constante de celui-ci, il ne saurait être conféré de droit exclusif pour l'enregistrement de couleurs données s'il n'est pas établi par des preuves solides que les couleurs demandées ont acquis un caractère distinctif pour les produits demandés en raison d'un usage durable et important.

14. La décision de l'office de la propriété intellectuelle indique que l'étude de marché a établi la réputation non pas des seules couleurs, mais de la marque figurative. Selon ladite décision, il n'a pas été établi que la combinaison de couleurs demandée était utilisée pour identifier les produits proposés par la partie requérante depuis suffisamment longtemps et suffisamment largement pour avoir acquis en Finlande, à la date de la demande, un caractère distinctif en raison de cet usage.

15. Le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques, Finlande), saisi du recours formé par Oy Hartwall contre cette décision, l'a rejeté.

16. Dans les motifs de sa décision, ce tribunal a indiqué qu'Oy Hartwall avait demandé l'enregistrement d'une combinaison de couleurs. Il a notamment considéré que la représentation graphique du signe dans la demande ne comportait pas d'agencement systématique associant les couleurs concernées de manière prédéterminée et constante. Il en a déduit que la marque de couleur demandée ne répondait pas aux exigences de représentation graphique qui s'appliquent, en vertu de l'article 1er, paragraphe 2, de la loi nº 39/1993, sur les marques, pour qu'une marque puisse être enregistrée.

17. Oy Hartwall a interjeté appel de la décision du markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques) devant le Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), la juridiction de renvoi.

18. Celle-ci est appelée à trancher la question de savoir si la marque d'Oy Hartwall peut être enregistrée en tant que marque de couleur. À cet égard, elle s'interroge sur l'importance qu'il convient d'attacher, aux fins de l'enregistrement éventuel de la marque, à la qualification de marque de couleur qui figure dans la demande.

19. Par décision du 28 septembre 2017, le Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) a sursis à statuer et a saisi la Cour des questions préjudicielles suivantes :

« 1) Aux fins de l'interprétation de l'article 2 de la [directive 2008/95] et de la condition relative au caractère distinctif d'une marque au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de ladite directive, la question de savoir si l'enregistrement de la marque est demandé en tant que marque figurative ou de marque de couleur est-elle pertinente ?

2) Si la qualification d'une marque en tant que marque de couleur ou de marque figurative est pertinente aux fins de l'appréciation de son caractère distinctif, la marque doit-elle être enregistrée, nonobstant sa présentation sous forme de dessin, en tant que marque de couleur, conformément à la demande de marque, ou peut-elle être enregistrée uniquement en tant que marque figurative ?

3) S'il est possible d'enregistrer, en tant que marque de couleur, une marque représentée sous forme de dessin dans la demande de marque, l'enregistrement, en tant que marque de couleur, d'une marque, qui, dans la demande de marque, fait l'objet d'une représentation graphique revêtant la précision requise en vertu de la jurisprudence de la Cour à l'égard de l'enregistrement d'une marque de couleur (et qu'il ne s'agit donc pas de l'enregistrement, en tant que marque, d'une couleur en elle-même, abstraite, sans forme ni contour) suppose-t-elle, en outre, la présentation d'une preuve d'usage solide telle que celle exigée par l'office de la propriété intellectuelle, ou une quelconque preuve ? »

20. Des observations écrites ont été déposées par Oy Hartwall, par le gouvernement finlandais et par la Commission européenne. Le gouvernement finlandais et la Commission ont participé à l'audience qui s'est tenue le 6 septembre 2018.

IV. Analyse

A. Propos introductifs

21. La question de la compétence de la Cour en l'espèce a été soulevée au cours de l'audience. J'indiquerai brièvement à ce sujet que la Cour est compétente pour répondre aux questions posées. Comme ma réponse aux questions posées le démontrera, la présente affaire ne porte pas sur l'interprétation du droit finlandais, mais sur l'interprétation des articles 2 et 3 de la directive 2008/95. Certes, il ressort du considérant 6 de la directive que les États membres gardent toute liberté pour fixer les dispositions de procédure relatives à l'enregistrement des marques. Comme le gouvernement finlandais l'a également relevé à l'audience, les règles de procédure des États membres doivent cependant être fixées et appliquées de façon à garantir le respect des exigences en matière d'enregistrement des marques qui ont été harmonisées par la directive. En d'autres termes, les autorités nationales doivent, notamment, veiller au respect des exigences de la directive et, en particulier, des exigences figurant aux articles 2 et 3 de celle-ci, en vertu desquelles toutes les marques doivent, pour pouvoir être enregistrées, être susceptibles d'une représentation graphique et posséder un caractère distinctif.

B. Sur les questions préjudicielles

1. Sur l'incidence du fait que l'enregistrement de la marque est demandé en tant que marque figurative ou en tant que marque de couleur sur l'interprétation de la condition du caractère distinctif qui est visée à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3, de la directive 2008/95 (la première question)

22. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance s'il est pertinent, aux fins de l'interprétation de l'article 2 de la directive 2008/95 et de la condition relative au caractère distinctif d'une marque au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3, de ladite directive, de savoir si l'enregistrement de la marque est demandé en tant que marque figurative ou en tant que marque de couleur [4].

23. Je relève, à titre liminaire, que le gouvernement finlandais a indiqué lors de l'audience que les autorités finlandaises ont uniquement le pouvoir de se prononcer sur le point de savoir si la marque demandée peut être enregistrée en tant que marque de couleur. Selon ce qui a été indiqué, cela est dû au fait que, en vertu du droit finlandais, les autorités finlandaises ne sont pas habilitées à modifier le choix du type de marque qui a été opéré dans la demande de marque. Oy Hartwall ayant sollicité l'enregistrement d'une marque de couleur [5], les autorités finlandaises ne sont donc pas habilitées à vérifier si la marque pourrait en revanche – ou également – être enregistrée en tant que marque figurative [6].

4 Dans la formulation de sa question, la juridiction de renvoi a uniquement mentionné l'exigence du caractère distinctif qui résulte de l'article 2 et de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive, c'est-à-dire le caractère distinctif dit « intrinsèque ». Étant donné que le caractère distinctif acquis par l'usage (article 3, paragraphe 3, de la directive) est également au cœur du litige national qui est à l'origine de la question préjudicielle, Oy Hartwall faisant valoir que la marque demandée possède à la fois un caractère distinctif intrinsèque et un caractère distinctif acquis par l'usage, j'ai également inclus l'article 3, paragraphe 3, dans ma réponse.

5 Voir points 10 et 12 des présentes conclusions.

6 De même, il ressort uniquement de la décision de renvoi que la juridiction de renvoi doit, en l'espèce, décider si la marque demandée « représentée sous la forme d'un dessin de couleur doit être enregistrée en tant que marque de couleur ».

24. Par conséquent, je considérerai, dans les développements qui suivent, que l'objet de la marque demandée est une marque de couleur. Je n'aborderai donc pas la question de savoir si Oy Hartwall souhaitait également faire enregistrer cette marque en tant que marque figurative [7].

25. Pour analyser la première question, il est nécessaire, comme l'indique la Commission, de répondre aux deux questions suivantes : premièrement, celle de savoir si le fait que l'enregistrement soit demandé en tant que marque figurative ou en tant que marque de couleur a une incidence sur la détermination de l'objet du signe pour lequel la protection est demandée (a) et, deuxièmement, celle de savoir quelle est l'incidence, aux fins de l'appréciation du caractère distinctif du signe, du fait que l'enregistrement soit demandé en tant que marque figurative ou en tant que marque de couleur (b).

a) Sur l'incidence concernant la détermination de l'objet du signe pour lequel la protection est demandée

26. Pour répondre à cette question, il y a lieu de décrire l'objet d'une marque de couleur et celui d'une marque figurative, et notamment d'indiquer en quoi consiste la différence entre les deux types de marque.

27. Dans ce contexte, je relève tout d'abord que la directive 2008/95 repose sur la prémisse claire selon laquelle il existe différents types de marque.

28. En vertu de l'article 2 de la directive, intitulé « Signes susceptibles de constituer une marque », peuvent constituer des marques tous les signes susceptibles d'une représentation graphique, à condition qu'ils soient propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Cette disposition énumère, à titre d'exemples, « les mots, y compris les noms de personnes, les dessins, les lettres, les chiffres, la forme du produit ou de son conditionnement» [8]. Bien que cet article n'instaure pas une véritable catégorisation des différents types de marque, les signes énumérés indiquent que les marques peuvent prendre différentes formes.

7 Cela pourrait être déduit du fait que – même si l'enregistrement de la marque a été sollicité en tant que marque de couleur – il ressort de la décision de renvoi qu'Oy Hartwall fait valoir, d'une part, qu'elle n'a pas uniquement revendiqué la protection « pour les couleurs bleues ou grises sous toutes les formes envisageables » et, d'autre part, que « la protection de la marque n'est revendiquée que pour la représentation graphique telle qu'elle figure dans la demande de marque, et non pour la variation infinie des couleurs qu'elle contient ».

8 Le fait que les signes énumérés à l'article 2 ne constituent que des exemples, et que la liste n'est donc pas exhaustive, est corroboré non seulement par le libellé de l'article 2, mais également par le considérant 8 de la directive. Ce considérant énonce que « [l]a réalisation des objectifs poursuivis par le rapprochement suppose que l'acquisition et la conservation du droit sur la marque enregistrée soient en principe subordonnées, dans tous les États membres, aux mêmes conditions » et que, « [à] cette fin, il convient d'établir une liste exemplative de signes susceptibles de constituer une marque s'ils sont propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises ». L'article 2 de la directive contient la liste exemplative visée au considérant 8.

29. Je constate ensuite que les marques figuratives et les marques de couleur peuvent toutes deux constituer des marques au sens dudit article 2. Pour ce qui est des marques figuratives, elles correspondent en réalité à l'exemple des « dessins » qui est mentionné à l'article 2. En revanche, les marques de couleur ne figurent pas parmi les exemples énumérés à l'article 2[9], mais la Cour a jugé, dans les deux principaux arrêts en matière de marques de couleur, l'arrêt Libertel[10] et l'arrêt Heidelberger Bauchemie[11], que des marques de couleur peuvent constituer des marques au sens de l'article 2[12].

30. Cela m'amène à la question centrale, qui est celle de savoir ce qu'il y a lieu d'entendre, précisément, par « marque de couleur » et « marque figurative » et de savoir en quoi consiste la différence entre les deux types de marque.

31. Une marque de couleur est un signe qui consiste en une couleur ou en une combinaison de couleurs en elle-même, sans forme et sans contours[13].

32. La particularité de l'enregistrement d'une marque de couleur réside dans le fait que c'est la couleur ou la combinaison de couleurs en elle-même qui se voit accorder une protection. À titre d'exemple d'une marque de couleur, je citerai le récent arrêt Louboutin et Christian Louboutin[14]. L'affaire concernait une marque Benelux constituée par la couleur rouge appliquée sur la semelle d'une chaussure à talons hauts. Le contour de la chaussure ne faisait pas partie de la marque enregistrée[15]. Dans l'arrêt, la Cour a confirmé que le fait que la couleur soit appliquée sur un produit, qui constitue dès lors, en pratique, une délimitation de la couleur dans l'espace, ne fait pas de la forme une partie de la marque[16]. En d'autres termes, la semelle ne faisait pas partie de la marque, même si la couleur enregistrée était délimitée dans l'espace lorsqu'elle était appliquée sur la semelle d'une chaussure à talons hauts.

33. Comme la Cour l'a indiqué dans l'arrêt Libertel, l'enregistrement de marques de couleur confère une protection très étendue. Le nombre réduit des couleurs effectivement disponibles implique, en effet, qu'un petit nombre d'enregistrements en tant que marques pour des services ou des produits donnés pourrait épuiser toute la palette des couleurs disponibles[17].

9 Je relève que les couleurs sont explicitement mentionnées à titre d'exemple de marque à l'article 3 de la nouvelle directive sur les marques, la directive 2015/2436.

10 Arrêt du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244).

11 Arrêt du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384).

12 La Cour a jugé dans ces arrêts qu'une marque de couleur doit, à cet effet, remplir trois conditions. Premièrement, elle doit constituer un signe. La Cour a constaté que dans le domaine du commerce, les couleurs sont utilisées généralement pour leur pouvoir attractif ou décoratif, sans véhiculer une signification quelconque, mais qu'il ne saurait être exclu que les couleurs ou combinaisons de couleurs soient susceptibles, en relation avec un produit ou un service, de constituer un signe (voir arrêts du 6 mai 2003, Libertel, C-104/01, EU:C:2003:244, point 27, et du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, point 23). Deuxièmement, ce signe doit être susceptible d'une représentation graphique. Troisièmement, ce signe doit être propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises (voir arrêts du 6 mai 2003, Libertel, C-104/01, EU:C:2003:244, point 23, et du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, point 22). En ce qui concerne l'application de ces deux dernières conditions aux marques de couleur, je renvoie à la réponse que j'apporte aux questions préjudicielles dans les présentes conclusions, laquelle porte précisément sur ces conditions.

13 Voir, par exemple, les points 14 et 21 de l'arrêt du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244), qui décrivent une marque de couleur comme une couleur en elle-même, sans délimitation dans l'espace, et le point 15 de l'arrêt du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), qui évoque des couleurs ou combinaisons de couleurs désignées de manière abstraite et sans contour. Cette même définition est d'ailleurs utilisée aux fins de l'enregistrement des marques de l'Union européenne [voir règlement d'exécution (UE) 2018/626 de la Commission, du 5 mars 2018, établissant les modalités d'application de certaines dispositions du règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil sur la marque de l'Union européenne, et abrogeant le règlement d'exécution (UE) 2017/1431 (JO 2018, L 104, p. 37)]. Ce règlement, qui est applicable à l'enregistrement des marques de l'Union européenne depuis le 14 mai 2018 conformément à son article 39, parageraphe 2, décrit, à l'article 3, paragraphe 3, sous f), une marque de couleur comme une marque qui consiste exclusivement en une couleur unique sans contours ou en une combinaison de couleurs sans contours.

14 Arrêt du 12 juin 2018, Louboutin et Christian Louboutin (C-163/16, EU:C:2018:423).

15 Arrêt du 12 juin 2018, Louboutin et Christian Louboutin (C-163/16, EU:C:2018:423, points 7 à 10).

16 Arrêt du 12 juin 2018, Louboutin et Christian Louboutin (C-163/16, EU:C:2018:423, point 24).

17 Arrêt du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, point 54).

34. En revanche, pour ce qui est des marques figuratives, celles-ci sont constituées par un élément figuratif. Lors de l'enregistrement des marques figuratives, c'est l'élément figuratif, tel qu'il apparaît dans la représentation graphique de la marque, qui se voit accorder une protection. Si la marque figurative est en couleur, c'est la marque figurative telle qu'elle est représentée, dans les couleurs indiquées, qui bénéficie d'une protection à partir de l'enregistrement [18].

35. Il ressort de ce qui précède que les deux catégories de marques sont différentes, dans la mesure où une marque de couleur protège le droit d'utiliser une certaine couleur ou combinaison de couleurs en elle-même, c'est-à-dire sans contours, tandis qu'une marque figurative protège le droit d'utiliser la marque figurative, précisément telle qu'elle est représentée graphiquement, avec des contours et d'éventuelles couleurs.

b) Sur l'incidence, aux fins de l'appréciation du caractère distinctif du signe, du fait que l'enregistrement soit demandé en tant que marque figurative ou en tant que marque de couleur

36. La question qui se pose ensuite est celle de savoir si le fait que le demandeur demande la protection d'une marque de couleur ou d'une marque figurative a une incidence sur l'application de l'exigence du caractère distinctif. À mon sens, la réponse à cette question découle de la jurisprudence constante de la Cour que j'exposerai dans ce qui suit.

37. Pour qu'une marque puisse être enregistrée, il est essentiel, en vertu de l'article 2 et de l'article 3, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3, qu'elle soit pourvue d'un caractère distinctif. La présence d'un caractère distinctif signifie qu'elle est apte à identifier le produit ou le service qu'elle vise comme provenant d'une entreprise déterminée et donc à distinguer ce produit ou ce service de ceux d'autres entreprises [19]. En effet, la fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance [20].

38. Selon une jurisprudence constante de la Cour, le caractère distinctif d'une marque, qu'il soit intrinsèque [article 3, paragraphe 1, sous b)] ou acquis par l'usage (article 3, paragraphe 3), doit être apprécié par rapport à deux paramètres : d'une part, les produits ou les services visés par cette marque et, d'autre part, la perception présumée des milieux intéressés [21].

39. La Cour a précisé comment il convient de déterminer en pratique le caractère distinctif acquis par l'usage. L'autorité compétente doit procéder à un examen concret et apprécier globalement les éléments qui peuvent démontrer que la marque est devenue apte à identifier le produit ou le service concerné comme provenant d'une entreprise déterminée, et ce pour les milieux intéressés. Ces éléments doivent, en outre, se rapporter à un usage de la marque [22]. Dans le cadre de cette appréciation, les éléments suivants peuvent notamment être pris en considération : la part de marché détenue par la marque concernée, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de l'usage de cette marque, l'importance des investissements faits par l'entreprise pour la promouvoir, la proportion des milieux intéressés qui identifie le produit ou le service comme provenant d'une entreprise déterminée grâce à ladite marque ainsi que les déclarations de chambres de commerce et d'industrie ou d'autres associations professionnelles [23].

18 Voir, en ce sens, la définition des marques figuratives à l'article 3, paragraphe 3, sous b), du règlement d'exécution 2018/626 de la Commission, aux termes de laquelle une marque figurative est une marque qui emploie des caractères, une stylisation ou une mise en page non standard, ou bien une caractéristique graphique ou une couleur, y compris les marques composées exclusivement d'éléments figuratifs ou d'une combinaison d'éléments verbaux et figuratifs.

19 Voir arrêt du 19 juin 2014, Oberbank (C-217/13 et C-218/13, EU:C:2014:2012, point 38 et jurisprudence citée).

20 Voir arrêt du 26 avril 2007, Alcon/OHMI (C-412/05 P, EU:C:2007:252, point 53 et jurisprudence citée).

21 Voir arrêt du 19 juin 2014, Oberbank (C-217/13 et C-218/13, EU:C:2014:2012, point 39 et jurisprudence citée).

22 Voir arrêt du 19 juin 2014, Oberbank (C-217/13 et C-218/13, EU:C:2014:2012, point 40 et jurisprudence citée).

23 Voir arrêt du 19 juin 2014, Oberbank (C-217/13 et C-218/13, EU:C:2014:2012, point 41 et jurisprudence citée).

40. Ensuite, en ce qui concerne la question de savoir quel est le lien entre l'application de l'exigence du caractère distinctif et le fait que l'enregistrement d'une marque soit demandé en tant que marque de couleur ou en tant que marque figurative, la Cour a déjà jugé que ni l'article 2 ni l'article 3, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3, de la directive 2008/95 ne font de distinction entre les catégories de marques. Les critères d'appréciation du caractère distinctif des marques de couleur, y compris celui acquis par l'usage, sont donc en principe les mêmes que ceux applicables aux autres catégories de marques, telles que les marques figuratives [24]. Par conséquent, il n'est pas possible de fixer des critères plus stricts, suppléant ou dérogeant à l'application du critère du caractère distinctif pour certains types de marques [25].

41. Néanmoins, je relève qu'il ressort également de la jurisprudence qu'il faut, pour certains types de marques qui sont d'une nature particulière, prendre en compte les caractéristiques particulières de ces types de marques. C'est notamment le cas des marques de couleur, pour lesquelles je déduis de la jurisprudence précitée de la Cour qu'il faut prendre en compte deux aspects, du fait de leurs caractéristiques particulières.

42. En premier lieu, la Cour a ainsi jugé que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque les marchés sont très spécifiques, une marque de couleur n'a pas un caractère distinctif ab initio [26]. Le fait que les marques de couleur n'ont que rarement un caractère distinctif ab initio est dû au fait que les consommateurs n'ont généralement pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se basant uniquement sur leur couleur ou sur celle de leur emballage. Par conséquent, la perception du public pertinent n'est pas nécessairement la même dans le cas d'une marque de couleur que dans le cas d'une marque verbale ou figurative [27].

43. En deuxième lieu, la Cour a déjà dit pour droit qu'il existait un intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé [28]. Pour apprécier le caractère distinctif d'une marque de couleur, il faut, par conséquent, également veiller à ce que l'enregistrement de la marque ne soit pas contraire à cet intérêt général [29].

44. Comme cela a été indiqué précédemment, il peut dès lors, du fait des caractéristiques particulières d'une marque, être plus difficile en pratique d'établir le caractère distinctif des marques de certaines catégories que de celles d'autres catégories [30]. Je relève cependant que la Cour a également souligné que ce fait ne saurait dispenser les offices de marques de procéder, au cas par cas, à un examen in concreto du caractère distinctif de la marque demandée [31].

45. Pour les raisons qui précèdent, je proposerai à la Cour de répondre à la première question que l'article 2 et l'article 3, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3, de la directive 2008/95 doivent être interprétés en ce sens que la question de savoir si l'enregistrement de la marque est demandé en tant que marque figurative ou en tant que marque de couleur est pertinente aux fins de l'application de l'exigence du caractère distinctif dans la mesure où il résulte des caractéristiques particulières des marques de couleur que celles-ci doivent être prises en compte dans le cadre de l'appréciation du caractère distinctif d'une marque de couleur. À cet égard, il faut tenir compte du fait que, d'une part,

24 Voir, en ce sens, arrêt du 19 juin 2014, Oberbank (C-217/13 et C-218/13, EU:C:2014:2012, point 46 et jurisprudence citée).

25 Voir arrêt du 19 juin 2014, Oberbank (C-217/13 et C-218/13, EU:C:2014:2012, point 47 et jurisprudence citée).

26 Voir arrêts du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, point 66), et du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384, point 39).

27 Voir arrêts du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, point 65), et du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384, point 38).

28 Voir arrêt du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, points 54 à 59).

29 Voir arrêt du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, point 60).

30 Voir arrêts du 12 juilllet 2012, Smart Technologies/OHMI (C-311/11 P, EU:C:2012:460, point 26 et jurisprudence citée), et du 9 septembre 2010, OHMI/Borco-Marken-Import Matthiesen (C-265/09 P, EU:C:2010:508, point 33 et jurisprudence citée).

31 Voir arrêt du 9 septembre 2010, OHMI/Borco-Marken-Import Matthiesen (C-265/09 P, EU:C:2010:508, point 37).

une marque de couleur n'a que rarement un caractère distinctif ab initio et que, d'autre part, il existe un intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé.

2. Sur la façon dont il convient d'enregistrer une marque lorsqu'il y a une discordance entre la représentation graphique de la marque et le choix de la catégorie de marque (deuxième question)

46. Je comprends la deuxième question en ce sens que la juridiction de renvoi s'interroge, en substance, sur la façon dont il convient d'enregistrer une marque lorsqu'il y a une discordance entre la représentation graphique de la marque, qui revêt la forme d'une figure, et le choix de la catégorie de marque qui a été opéré dans la demande, laquelle qualifie la marque de marque de couleur.

47. J'exposerai dans ce qui suit pourquoi j'estime que, dans l'hypothèse d'une telle discordance, la marque ne peut être enregistrée ni comme marque de couleur ni comme marque figurative en vertu du droit de l'Union. À cet égard, j'expliquerai tout d'abord pourquoi il importe, aux fins de l'enregistrement d'une marque, que l'objet précis de celle-ci puisse être déterminé (a) et j'exposerai ensuite les conséquences des contradictions que peut comporter une demande, comme c'est le cas en l'espèce (b).

a) Sur la nécessité de déterminer l'objet de la marque

48. S'il faut déterminer l'objet exact de la marque demandée, c'est parce que, en vertu de l'article 2 de la directive 2008/95, il est essentiel, pour pouvoir enregistrer une marque, que celle-ci constitue un signe susceptible d'une représentation graphique. L'exigence figurant à l'article 2, selon laquelle tous les signes doivent être susceptibles d'une représentation graphique, a pour but de déterminer l'objet précis de la marque pour laquelle le demandeur sollicite une protection. Comme cela a été indiqué dans l'arrêt Sieckmann, la représentation graphique de la marque doit, pour que celle-ci remplisse sa fonction, être, en particulier, claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective [32].

49. La Cour a expliqué dans ledit arrêt pourquoi une telle interprétation était exigée par le bon fonctionnement du système de l'enregistrement des marques [33]. D'une part, les autorités compétentes doivent connaître avec clarté et précision la nature des signes constitutifs d'une marque afin d'être en mesure de remplir leurs obligations relatives à l'examen préalable des demandes d'enregistrement ainsi qu'à la publication et au maintien d'un registre approprié et précis des marques. D'autre part, les opérateurs économiques doivent pouvoir s'assurer avec clarté et précision des enregistrements effectués ou des demandes d'enregistrement formulées par leurs concurrents actuels ou potentiels et bénéficier ainsi d'informations pertinentes concernant les droits des tiers [34].

50. C'est donc en fonction de la détermination de l'objet exact d'une marque que toutes les autres conditions de l'enregistrement éventuel de la marque doivent être appréciées et, notamment, celle du caractère distinctif de la marque.

32 Voir arrêts du 12 décembre 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, points 48 à 55), et du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, point 29).

33 Voir arrêt du 12 décembre 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, point 47).

34 Voir arrêt du 12 décembre 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, points 50 et 51). Voir également arrêt du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384, points 26 à 30).

51. S'il est fondamentalement exigé, pour toutes les marques, qu'elles soient susceptibles d'une représentation graphique [35], je relève que l'objet précis de certains types de marques ne peut pas, en pratique, être déterminé à partir de la *seule* reproduction graphique de la marque demandée. Si la reproduction graphique d'une marque figurative en couleur indique assurément de manière précise l'élément dont la protection est demandée, à savoir la marque figurative en couleur, ce n'est pas le cas des marques de couleur.

52. Dans l'arrêt Libertel, qui portait sur la possibilité d'enregistrer une marque de couleur constituée d'une couleur unique, la Cour a ainsi constaté qu'un simple échantillon d'une couleur ne répondait pas à lui seul à l'exigence de la représentation graphique figurant à l'article 2, en particulier parce qu'un échantillon de couleur peut s'altérer avec le temps (il peut par exemple déteindre). Un échantillon de couleur ne permet donc pas de déterminer l'objet exact d'une marque de couleur. En revanche, l'exigence figurant à l'article 2 peut être satisfaite si l'échantillon de couleur est complété par une description verbale de la marque de couleur, à condition que cette description soit claire et précise, ou par un code d'identification internationalement reconnu, de tels codes étant réputés précis [36].

53. En ce qui concerne les marques de couleur constituées d'une combinaison de couleurs, la Cour a jugé par ailleurs, dans l'arrêt Heidelberger Bauchemie, que – pour satisfaire à l'exigence de clarté figurant à l'article 2 – une demande d'enregistrement d'une combinaison de couleurs doit comporter en outre un agencement systématique associant les couleurs concernées de manière prédéterminée et constante [37]. L'agencement systématique vise à déterminer de manière précise la combinaison exacte des couleurs [38].

54. J'ajouterai à cet égard que, avant de pouvoir se prononcer sur le point de savoir si l'objet d'une marque de couleur demandée peut être déterminé avec la clarté qui est exigée par les arrêts Libertel [39] et Heidelberger Bauchemie [40], une autorité doit naturellement pouvoir déterminer s'il s'agit ou non d'une marque de couleur.

55. En l'espèce, il semble que la demande d'Oy Hartwall soit contradictoire sur ce point, ce qui est d'ailleurs indiqué par la deuxième question de la juridiction de renvoi. En effet, si la représentation graphique de la marque demandée est celle d'une marque avec des contours sous la forme d'une figure (un ruban bleu bordé d'une fine bande grise), Oy Hartwall a indiqué, dans la description qui y était jointe (laquelle précisait les codes internationaux des couleurs utilisées) et dans la qualification, qu'il s'agissait d'une marque de couleur.

56. En ce qui concerne la représentation graphique de la marque de couleur demandée, je relève qu'il est certes possible, en principe, de représenter graphiquement une marque de couleur *avec* des contours. Il en est ainsi lorsque la représentation graphique illustre la façon dont la marque de couleur sera *appliquée* sur les produits ou les services de l'entreprise concernée. À titre d'exemple, je

35 Je relève que l'exigence de la représentation graphique ne figure plus dans la nouvelle directive sur les marques, la directive 2015/2436. L'article 3, sous b), de cette directive, qui concerne la question de savoir quels signes sont susceptibles de constituer une marque et qui correspond à l'article 2 de la directive actuelle, dispose désormais que le signe demandé doit être représenté dans le registre des marques d'une manière qui permette aux autorités compétentes et au public de déterminer précisément et clairement l'objet bénéficiant de la protection conférée à leur titulaire. La raison de cette modification est indiquée au considérant 13 de la directive. Ce dernier énonce que – pour que le système d'enregistrement des marques remplisse ses objectifs, à savoir garantir la sécurité juridique et une bonne administration – il est essentiel d'exiger que le signe puisse être représenté d'une manière claire, précise, distincte, facilement accessible, intelligible, durable et objective. Il est mentionné en outre qu'un signe devrait, par conséquent, pouvoir être représenté sous n'importe quelle forme appropriée au moyen de la technologie communément disponible, et donc pas nécessairement par des moyens graphiques, du moment que cette représentation offre des garanties satisfaisantes à cette fin.

36 Voir arrêt du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, points 31 à 37).

37 Voir arrêt du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384, point 33).

38 Voir arrêt du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384, point 34).

39 Arrêt du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244).

40 Arrêt du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384).

renvoie à l'arrêt Louboutin et Christian Louboutin, précité [41]. La représentation graphique de la marque de couleur en cause, qui est reproduite au point 8 de l'arrêt, était constituée par le dessin d'une chaussure à talons hauts sur la semelle de laquelle la couleur rouge en question était appliquée. Il était précisé dans la description de la marque de couleur que le contour de la chaussure ne faisait pas partie de la marque et qu'il avait uniquement pour but de mettre en évidence l'emplacement de la marque. Par conséquent, même si la représentation graphique de la marque comportait des contours (la forme d'une chaussure, y compris la forme de sa semelle), ces contours ne faisaient pas partie de la marque, ce que la Cour a d'ailleurs confirmé dans l'arrêt, comme je l'ai rappelé au point 32 des présentes conclusions.

57. Si la marque demandée en l'espèce faisait l'objet d'une représentation graphique analogue, la représentation graphique devrait illustrer, dans ce cas, la façon dont la marque de couleur demandée est apposée sur les produits d'Oy Hartwall qui sont, dans la présente affaire, des bouteilles d'eau. Or, comme cela a également été relevé par la Commission et par le gouvernement finlandais, la représentation graphique de la marque est l'illustration non pas d'une bouteille d'eau, mais d'un ruban. Cela m'amène à conclure que la demande de marque d'Oy Hartwall est contradictoire dans la mesure où les contours utilisés ne sont même pas susceptibles d'illustrer la manière dont la marque de couleur doit être utilisée sur les produits indiqués.

b) Les conséquences des contradictions dans la demande d'enregistrement

58. J'estime que, comme le soutiennent également la Commission et le gouvernement finlandais, l'article 2 de la directive 2008/95 s'oppose à ce qu'une marque puisse être enregistrée en tant que marque de couleur dans le cas où il y a une discordance telle que celle qui est présente en l'espèce.

59. En effet, la demande de marque ne permet pas de déterminer si l'objet précis de la demande est une marque de couleur ou une marque figurative. Il n'y a donc pas de certitude quant à l'objet en fonction duquel les autres conditions matérielles posées dans ladite directive, et notamment l'exigence du caractère distinctif, doivent être appréciées. À cela s'ajoute le fait que les pouvoirs publics consultent les registres des marques en utilisant les différentes catégories de marques du registre. Il en est également ainsi dans le cas du registre des marques finlandais pour lequel j'ai pu constater qu'il est possible de présenter des demandes pour différentes catégories de marques, et notamment pour la catégorie des marques figuratives et celle des marques de couleur.

60. Dans ce contexte, si une marque était enregistrée en tant que marque de couleur, alors qu'elle a l'apparence, dans sa représentation graphique, d'une marque figurative, cela serait source de confusion pour les pouvoirs publics et les entreprises concurrentes. Il y aurait par conséquent un doute sur le point de savoir quel est l'élément – la marque de couleur ou la marque figurative – qui est protégé du fait de l'enregistrement. Je partage dès lors l'avis de la Commission et du gouvernement finlandais selon lequel l'objectif poursuivi par l'exigence de la représentation graphique figurant à l'article 2, qui est, comme cela a été précisé dans l'arrêt Sieckmann [42], que l'objet de la marque puisse être déterminé de manière claire et précise, ne peut donc pas être atteint dans le cas d'une demande telle que celle de l'espèce.

41 Arrêt du 12 juin 2018, Louboutin et Christian Louboutin (C-163/16, EU:C:2018:423).

42 Arrêt du 12 décembre 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, points 48 à 51).

61. Cette interprétation de l'article 2 est également corroborée par l'arrêt de la Cour dans l'affaire Shield Mark [43]. Cette affaire portait notamment sur la question de savoir à quelles conditions une marque sonore [44] était susceptible de représentation graphique au sens où cette expression est employée à l'article 2 de la directive. La Cour a notamment jugé dans cet arrêt qu'un signe dont la représentation graphique est constituée de notes de musique ou de langage écrit ne saurait être enregistré en tant que marque sonore lorsque le demandeur a omis de préciser, dans sa demande, que le signe déposé doit être compris comme étant un signe sonore. En effet, comme l'a indiqué la Cour, en pareil cas, l'autorité compétente ainsi que le public sont fondés à considérer, du fait de l'enregistrement de la marque, qu'il s'agit d'une marque verbale ou figurative, telle que représentée graphiquement dans la demande [45].

62. Pour les raisons que j'ai exposées au point 59 des présentes conclusions, les mêmes considérations valent, selon moi, pour une demande de marque dans le cadre de laquelle la représentation graphique revêt la forme d'une figure, mais où il est indiqué, dans la qualification et la description qui l'accompagnent, que la marque est une marque de couleur. Même si l'arrêt Shield Mark porte sur une imprécision dans la demande et non sur une véritable contradiction, la conclusion contenue dans cet arrêt vaut a fortiori en cas de contradiction [46].

63. Si les autorités nationales doivent déterminer l'objet exact d'une marque demandée et si le demandeur entend solliciter la protection d'une marque de couleur, il est par conséquent essentiel que la demande de marque soit concordante, c'est-à-dire que l'enregistrement de la marque – conformément à sa représentation graphique, y compris la qualification de la marque et la description qui l'accompagne – soit demandé en tant que marque de couleur. En effet, c'est uniquement de cette façon que les autorités et le public peuvent, d'une part, savoir que le demandeur sollicite la protection d'une marque de couleur et non d'une marque figurative et, d'autre part, déterminer l'objet exact de la marque de couleur.

64. Je propose dès lors à la Cour de répondre à la deuxième question que l'article 2 de la directive 2008/95 doit être interprété en ce sens que cette disposition s'oppose à ce qu'une marque puisse être enregistrée lorsqu'il n'est pas possible, du fait de contradictions dans la demande, de déterminer l'objet exact de la protection qui est sollicitée par le demandeur. Tel est le cas, par exemple, d'une demande d'enregistrement de marque en tant que marque de couleur, alors qu'elle est représentée graphiquement comme une marque figurative.

3. Sur la pratique de l'office de la propriété intellectuelle (troisième question)

65. Je comprends la troisième question en ce sens que la juridiction de renvoi demande en substance – pour le cas où il serait répondu par l'affirmative à la deuxième question et où il serait dès lors possible, en principe, d'enregistrer la marque en cause en tant que marque de couleur – si la jurisprudence de la Cour en matière de caractère distinctif des marques de couleur est applicable à une telle marque et, le cas échéant, si la pratique de l'office de la propriété intellectuelle est conforme à cette jurisprudence.

43 Arrêt du 27 novembre 2003, Shield Mark (C-283/01, EU:C:2003:641).

44 Une marque sonore est une marque qui est composée entièrement d'un son ou d'une combinaison de sons [voir, par exemple, la définition figurant à l'article 3, paragraphe 3, sous g), du règlement d'exécution 2018/626 de la Commission].

45 Voir arrêt du 27 novembre 2003, Shield Mark (C-283/01, EU:C:2003:641, point 58).

46 Je citerai également, à ce sujet, l'arrêt du 14 juin 2012, Seven Towns/OHMI (Représentation de sept carrés en différentes couleurs) (T-293/10, non publié, EU:T:2012:302). Dans cette affaire, le Tribunal a estimé qu'une marque de l'Union européenne ne pouvait pas être enregistrée en tant que marque de couleur, étant donné que la marque avait été représentée graphiquement non pas comme une marque de couleur, mais comme une marque figurative ou une marque tridimensionnelle. Le Tribunal a jugé qu'il y avait dans ce cas une contradiction inhérente en ce qui concerne la nature véritable du signe en cause, laquelle s'opposait à l'enregistrement de celui-ci (voir point 66 de l'arrêt).

66. Étant donné que je propose à la Cour de répondre à la deuxième question par la négative, il n'est, à mon sens, pas nécessaire de répondre à la troisième question. Pour le cas où la Cour répondrait à la deuxième question par l'affirmative, j'expose néanmoins les considérations qui suivent à titre subsidiaire.

67. La présente question porte sur l'appréciation, par l'office de la propriété intellectuelle, du caractère distinctif acquis par l'usage de la marque demandée. Il ressort à cet égard de la décision de renvoi que l'office de la propriété intellectuelle indique, dans les motifs de sa décision de rejet de la demande, que, « en vertu d'une pratique constante de celui-ci, il ne saurait être conféré de droit exclusif pour l'enregistrement de couleurs données s'il n'est pas établi par des preuves solides que les couleurs demandées ont acquis un caractère distinctif pour les produits demandés en raison d'un usage durable et important» [47].

68. Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner en premier lieu si la jurisprudence de la Cour en matière de caractère distinctif des marques de couleur [arrêts Libertel [48] et Heidelberger Bauchemie [49]] est applicable à une telle marque.

69. Étant donné que la question part de l'hypothèse que la marque est une marque de couleur et qu'il est dès lors présumé que l'objet de la marque est une couleur ou une combinaison de couleurs sans contours, il y a lieu d'y répondre par l'affirmative, comme cela a également été indiqué par le gouvernement finlandais et par la Commission.

70. Cela signifie concrètement qu'il faut, aux fins de l'appréciation du caractère distinctif de la marque de couleur, tenir compte des caractéristiques particulières des marques de couleur. Comme je l'ai mentionné aux points 42 et 43 des présentes conclusions, cela implique, d'une part, qu'il faut prendre en considération le fait qu'une marque de couleur n'a que rarement un caractère distinctif intrinsèque et, d'autre part, qu'il faut prendre en considération l'intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs [50].

71. En deuxième lieu, il faut vérifier si la pratique de l'office de la propriété intellectuelle est conforme à la jurisprudence de la Cour en matière de marques de couleur.

72. Il appartient à la juridiction de renvoi de trancher cette question de manière définitive en tenant compte, d'une part, des enseignements tirés de la jurisprudence de la Cour que j'ai exposée aux points 38 à 44 des présentes conclusions et, d'autre part, de toutes les informations factuelles pertinentes relatives à la pratique de l'office de la propriété intellectuelle [51].

73. En ce qui concerne le caractère distinctif acquis par l'usage, il convient de souligner que l'office doit procéder à un examen concret et global de tous les éléments qui peuvent démontrer que la marque est devenue apte à identifier le produit ou le service concerné comme provenant d'une entreprise déterminée [52]. Dans ce contexte, il résulte de l'arrêt Oberbank qu'il est contraire à la directive 2008/95 de fonder *uniquement* sur le résultat d'un sondage d'opinion l'appréciation du point de savoir si une marque a acquis un caractère distinctif par l'usage. La Cour a jugé dans cet arrêt que, même si un sondage d'opinion peut être l'un des éléments de cette appréciation, le résultat d'un tel sondage d'opinion ne saurait constituer le seul élément déterminant [53].

47 Voir, à ce sujet, point 13 des présentes conclusions.

48 Arrêt du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244).

49 Arrêt du 24 juin 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384).

50 Voir arrêt du 6 mai 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, points 60, 65 et 66).

51 Je précise que la Cour ne dispose pas elle-même de ces informations.

52 Voir arrêt du 19 juin 2014, Oberbank (C-217/13 et C-218/13, EU:C:2014:2012, point 40 et jurisprudence citée).

53 Arrêt du 19 juin 2014, Oberbank (C-217/13 et C-218/13, EU:C:2014:2012, point 48).

74. Je propose dès lors à la Cour, à titre subsidiaire, de répondre à la question posée que, si l'enregistrement d'une marque est demandé en tant que marque de couleur, il faut, aux fins de l'appréciation du caractère distinctif de la marque demandée, tenir compte des caractéristiques particulières des marques de couleur. À cet égard, il faut prendre en compte le fait que, d'une part, une marque de couleur n'a que rarement un caractère distinctif ab initio et que, d'autre part, il existe un intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé. Si les autorités compétentes considèrent que la marque de couleur demandée a un caractère distinctif intrinsèque, la preuve de l'usage de la marque n'est pas nécessaire. En revanche, si la marque de couleur n'a pas de caractère distinctif intrinsèque, il faut vérifier si elle a acquis un caractère distinctif par l'usage. Dans le cadre de cette appréciation, il faut procéder à un examen concret des éléments qui peuvent démontrer que la marque est devenue apte à identifier le produit ou le service concerné comme provenant d'une entreprise déterminée. Ces éléments doivent, en outre, se rapporter à un usage de la marque et, dans le cadre de cette appréciation, les éléments suivants peuvent notamment être pris en considération : la part de marché détenue par la marque concernée, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de l'usage de cette marque, l'importance des investissements faits par l'entreprise pour la promouvoir, la proportion des milieux intéressés qui identifie le produit ou le service comme provenant d'une entreprise déterminée grâce à ladite marque ainsi que les déclarations de chambres de commerce et d'industrie ou d'autres associations professionnelles.

V. Conclusion

75. Compte tenu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions posées par le Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême, Finlande) :

1) Aux fins de l'interprétation de l'article 2 de la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2008, rapprochant les législations des États membres sur les marques et de la condition relative au caractère distinctif d'une marque au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3, de ladite directive, la question de savoir si l'enregistrement de la marque est demandé en tant que marque figurative ou en tant que marque de couleur est pertinente dans la mesure où il résulte des caractéristiques particulières des marques de couleur que celles-ci doivent être prises en compte dans le cadre de l'appréciation du caractère distinctif d'une marque de couleur. À cet égard, il faut tenir compte du fait que, d'une part, une marque de couleur n'a que rarement un caractère distinctif ab initio et que, d'autre part, il existe un intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé.

2) L'article 2 de la directive 2008/95 doit être interprété en ce sens que cette disposition s'oppose à l'enregistrement d'une marque lorsqu'il n'est pas possible, du fait de contradictions dans la demande, de déterminer l'objet exact de la protection qui est sollicitée par le demandeur. Tel est le cas, par exemple, d'une demande d'enregistrement de marque en tant que marque de couleur, alors qu'elle est représentée graphiquement comme une marque figurative.