

A 76/1/20

CONCLUSIE

CONCLUSIONS

in zaak

dans l'affaire

A 76/1

CENTRAFARM B.V. / BEECHAM GROUP Ltd

Traduction

Conclusions de l'avocat général  
W.J.M. Berger dans l'affaire :

CENTRAFARM B.V./BEECHAM GROUP LTD.

Messieurs les Juges à la Cour de Justice Benelux,

Le tribunal d'arrondissement de Rotterdam a articulé comme suit les faits relatifs au litige qui oppose Centrafarm et Beecham :

Beecham est titulaire d'une marque pour le produit : l'antibiotique ampicilline qui a fait l'objet, le 30 décembre 1971, d'un dépôt Benelux sous le n° 574878. Cette marque consiste en une capsule cylindrique à extrémités hémisphériques, dont une moitié est de couleur rouge et l'autre de couleur noire, étant entendu que la ligne de séparation entre le rouge et le noir traverse la capsule dans sa largeur. La forme de cette capsule ne peut pas servir par elle-même à distinguer le produit d'ampicilline. Tels sont les faits énoncés par le tribunal. Il résulte en outre du jugement du tribunal qu'en tant qu'intéressée à l'annulation du dépôt, Centrafarm en a invoqué la nullité au motif qu'il s'agit d'un dépôt d'un signe ne répondant pas à la définition de la marque formulée à l'article 1er de la Loi uniforme Benelux sur les marques de produits (cfr. art. 14 A sub la L.B.M.).

Le tribunal de Rotterdam a prié votre Cour de se prononcer sur les questions suivantes d'interprétation de l'article 1er de la L.B.M. :

"1. Une couleur ou une combinaison de couleurs peut-elle servir en soi de signe pour distinguer les produits d'une entreprise ?

2. Une marque consistant en une forme présentée sous une couleur ou une combinaison de couleurs, peut-elle servir à distinguer les produits d'une entreprise lorsque cette forme ne possède pas par elle-même cette propriété ?

3. Une marque consistant en la forme d'un conditionnement, laquelle forme est présentée sous une couleur ou une combinaison de couleurs, peut-elle servir à distinguer les produits d'une entreprise lorsque cette forme ne possède pas par elle-même cette propriété ?

4. Au cas où l'une ou plusieurs des questions qui précèdent reçoivent une réponse affirmative : selon quels critères doit-on apprécier si une marque telle que celle visée dans ces questions sert à distinguer les produits d'une entreprise ? Le "droit de cité" ("inburgering") invoqué par la défenderesse est-il un critère ?"

L'article 1er de la L.B.M. est formulé comme suit :

"Sont considérés comme marques individuelles les dénominations, dessins, empreintes, cachets, lettres, chiffres, formes de produits ou de conditionnement et tous autres signes servant à distinguer les produits d'une entreprise.

Toutefois, ne peuvent être considérées comme marques les formes qui sont imposées par la nature même du produit, qui affectent sa valeur essentielle ou qui produisent des résultats industriels."

Cet article n'apporte donc pas de réponse explicite à la question de savoir si une couleur ou une combinaison de couleurs peut être considérées en soi comme une marque au sens de l'article 1er de la L.B.M.

Le Commentaire commun des Gouvernements ne mentionne quant à lui nulle part la couleur ou la combinaison de couleurs. Pour notre propos, on peut y lire le passage pertinent suivant :

"Cet article donne une définition plus large des marques de produits que celle admise actuellement par le droit interne et la jurisprudence des pays du Benelux.

Il comporte une énumération détaillée mais nullement limitative des signes qui peuvent constituer des marques. Ces signes doivent répondre à un critère commun : servir à distinguer les produits d'une entreprise déterminée. La protection n'est donc accordée qu'aux marques de produits et ces marques doivent posséder un pouvoir distinctif.

Il eût été difficile de préciser les cas où ce pouvoir n'existe pas. Le juge disposera, en la matière, d'une large liberté d'appréciation et devra tenir compte de toutes les circonstances de la cause.

Il ressort sans ambiguïté de l'énumération donnée que la forme des produits ou celle du conditionnement peut faire l'objet d'une protection à titre de marque."

(cfr. pour le texte néerlandais : "Benelux-Merkenwetgeving", n<sup>o</sup>S 47 I - 1974 - p. 33, Editions Schuurmans & Jordens).

Le commentaire, tel qu'il vient d'être reproduit, nous permet de franchir une étape dans la réponse à la question posée en ce sens qu'il en résulte en premier lieu qu'il existe une gamme illimitée de possibilités concernant les signes qui peuvent être considérés comme marques et qu'il s'ensuit en deuxième lieu qu'il n'est en principe pas fait exclusion de la couleur ou de la combinaison de couleurs en soi.

La présence dans l'énumération de la forme des produits ou du conditionnement permet à son tour de conclure que, du moins certainement pour ce qui regarde les Pays-Bas, l'intention manifeste du législateur Benelux a été de faire rentrer dorénavant dans le champ de la protection en vertu de la législation sur les marques des signes qui, avant l'adoption de la L.B.M., n'étaient pas considérés comme des marques au sens de la Loi néerlandaise sur les marques mais qui avaient pu obtenir la protection par le biais du droit commun, si les signes visés peuvent être réputés répondre à la définition de la marque énoncée à l'article 1er. Ainsi qu'il résulte aussi de l'arrêt rendu par votre Cour dans l'affaire Lucas Bols c. Colgate-Palmolive (1er mars 1975 N.J. 1975, 472), cette nouvelle protection a une portée notablement plus grande que celle qui était accordée avant l'adoption de la L.B.M.

Le rapport au Conseil interparlementaire consultatif de Benelux en date du 21 novembre 1960, présenté par Monsieur C. Linden au nom de la Commission spéciale fournit, me paraît-il, une indication supplémentaire permettant de dire que le législateur a adopté, quant au contenu de la marque, une attitude particulièrement libérale. Permettez-moi d'en citer l'extrait suivant :

"La question a été soulevée s'il ne fallait pas englober dans la définition de la marque individuelle les marques sonores et olfactives.

Les trois gouvernements ont répondu que, bien que l'article 1er donne une énumération nullement limitative des "signes" qui peuvent constituer des marques, le juge disposant en la matière d'une large liberté d'appréciation, il n'a pas été dans l'intention de considérer comme "signes" les sons et les odeurs, vu les difficultés d'enregistrement de dépôt et de publication qui se présentent à l'heure actuelle à leur sujet. Il n'est cependant pas exclu que dans l'avenir, ces difficultés viennent à disparaître en grande partie, vu le progrès de la technique.

C'est pourquoi la question se pose de savoir s'il convient de les exclure d'ores et déjà de la législation sur les marques.

S'il est estimé nécessaire, le mot "visibles" pourrait être inséré après le mot "signes".

A mon sens, il résulte donc du fait que l'adjectif "visibles" n'a pas été ajouté, que le législateur a considéré qu'il n'était théoriquement pas exclu qu'un son ou une odeur puissent être considérés comme des marques au sens de l'article 1er et qu'il n'y voyait d'autres obstacles que les difficultés pratiques de dépôt. Dès lors, pourquoi des marques visibles telles que les couleurs ou les combinaisons de couleurs en soi ne pourraient-elles pas tomber dans le champ de la définition de la marque donnée à l'article 1er ?

L'article 1er n'énonce pas, à proprement parler, une définition de la marque mais la loi nous fournit un certain nombre de critères auxquels la marque doit satisfaire pour pouvoir être reconnue comme telle dans la vie socio-économique. En premier lieu, le signe doit être perceptible visuellement (Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth "Kort begrip van het recht betreffende de Industriële en Intellectuele Eigendom" - 1976 - p. 90 et Van Nieuwenhoven Helbach "Nederlands handels- en faillissementsrecht, II Industriële eigendom en mededingingsrecht" - 1974 - p. 117). Le produit d'une entreprise doit donc s'accompagner d'une chose comportant un signal reconnaissable. Le signe ne peut ainsi appartenir intrinsèquement au produit. Il doit être, dirais-je, additionnel.

En deuxième lieu, le signe, par essence, doit être perceptible et reconnaissable, c'est-à-dire qu'il doit posséder une originalité telle qu'il suscite dans l'esprit de qui l'aperçoit une certaine association d'idées.

En troisième lieu, il doit être propre à remplir une fonction d'individualisation. Il faut en effet qu'il constitue le signe montrant que les marchandises qui en sont revêtues proviennent d'une entreprise déterminée. Il doit être individuel (Pfeffer "Grondbegrippen van Nederlandsch Mededingingsrecht" - 1938 - p. 148). A mon avis, un signe additionnel, original et individuel peut servir à distinguer les produits d'une entreprise. A partir de là, on ne pourrait pas comprendre pourquoi une couleur ou une combinaison de couleurs en soi qui satisferait aux trois critères exigés, ne pourrait pas servir de signe distinctif des produits d'une entreprise. Une couleur portée sur les produits d'une entreprise sera rarement par elle-même originale et/ou individuelle et elle ne sera pas aisément perçue comme signe distinctif du produit (mais plutôt comme un ornement ou une garniture); il en sera de même, quoique dans une mesure moindre, pour une combinaison de couleurs. A mon sens, cela ne peut toutefois pas impliquer qu'une couleur ou une combinaison de couleurs ne peut pas servir par elle-même de signe distinctif des produits d'une entreprise. En d'autres termes et pour citer Braun : "du moment que la couleur, soit par l'adoption d'une teinte particulière, soit par son application à certaines parties du produit arrive à constituer un signe distinctif susceptible de frapper l'oeil de l'acheteur, elle peut servir valablement de marque et on n'aperçoit pas pourquoi il faudrait rejeter ce signe au nom de principes théoriques" (Braun "Précis des Marques de Produits" - 1971 - p. 52).

Si je puis souscrire à la considération émise par Wichers Hoeth (op. cit. p. 91) selon laquelle "(traduction) d'une manière générale, une couleur simple ou une combinaison de couleurs ne constituera pas un signe approprié pour distinguer les produits d'une entreprise", cela n'empêche pas que dans certaines circonstances (qui doivent toutes être envisagées par le juge dans son appréciation du pouvoir distinctif d'une marque !), une couleur ou une combinaison de couleurs peut constituer par elle-même un signe distinctif des produits d'une entreprise. Le point de savoir si dans un cas d'espèce, cette situation se présente doit être tranchée souverainement par le juge du fond.

On objecte parfois aux opinions qui viennent d'être exprimées qu'une entreprise ayant effectué un certain nombre de dépôts pourrait plus ou moins monopoliser toute la gamme des couleurs disponibles (Van Dijk "Merkenrecht in de Beneluxlanden" - 1973 - p. 27 et Cour Arnhem 23 mai 1973 B.I.E. 1973, p. 179, n° 40). Je donne toutefois à considérer que cette objection est dénuée de fondement véritable. On pourra déjà lui opposer valablement l'observation précitée de Wichers Hoeth : une couleur ou une combinaison de couleurs ne pourra que par exception constituer un signe propre à distinguer les produits d'une entreprise. La condition de fond, celle du pouvoir distinctif, fera obstacle à la monopolisation (cfr. Hefermehl "Zum Schutz der Farbe als Kennzeichnungsmittel" dans "Festschrift für Philipp Möhring" - 1965 - p. 236). En deuxième lieu, l'exigence selon laquelle une marque, pour pouvoir être protégée en tant que telle, doit avoir fait l'objet d'un dépôt et d'un enregistrement empêche que la protection puisse être obtenue pour une couleur ou une combinaison de couleurs in abstracto.



En effet, la reproduction de la marque dans le dépôt entraîne nécessairement un certain délinéament (Van Dijk loc. cit. ; "figurale ordening"). La description du dépôt de Beecham donnée dans l'énonciation des faits en est la confirmation (d'ailleurs, les "pompes blanches" aux Pays-Bas ne constituent-elles pas le signe caractérisant l'essence à bon marché ?). Remarquons en outre que la L.B.M. ne tend pas à accorder au titulaire de la marque, le cas échéant, une position de monopole concernant le produit de son entreprise pour lequel la marque est enregistrée à des fins distinctives. Cela résulte notamment de l'alinéa 2 de l'article 1er qui exclut de la protection en vertu du droit des marques les formes imposées par la nature même du produit. Le Commentaire commun des Gouvernements note sur ce point :

"En effet, on ne peut imposer à l'industrie ou au commerce des restrictions quant à l'usage d'une forme indispensable à la fabrication ou à la mise en circulation d'une marchandise".

Si donc il s'attachait à une marque un effet fortement monopolisateur, il me paraît qu'une telle marque serait contraire à la loi et dès lors contraire à l'ordre public. Le dépôt d'une telle marque n'est pas attributif du droit à la marque (article 4 L.B.M.).

Le fait qu'un signe soit monopolisé comme marque et que ce signe ne soit pas susceptible de nombreuses variations ne constitue pas en soi un motif pour refuser de rattacher tout droit à ce signe (ainsi jugé par le Hoge Raad, 22 mai 1933 - représentation d'un triangle - W. 12626 et N.J. 1933, p. 1763, Ed. Sch. & J. 47-I, p. 187).

De même, on ne peut pas objecter en l'espèce que l'octroi de la protection due à la marque à une couleur ou une combinaison de couleurs en soi contrarierait la normalisation ou la signalisation réclamées par les milieux médicaux à l'égard des médicaments. A mes yeux, cet aspect, quel que soit son intérêt du reste, ne suffit pas à écarter la protection de la marque fondée sur la loi. Enfin, je suis d'avis qu'il se justifie de rechercher le sens du silence de la loi et du législateur concernant la question de savoir si une couleur ou une combinaison de couleurs peut constituer par elle-même un signe distinctif des produits d'une entreprise. La question des marques consistant en une couleur agissait déjà depuis fort longtemps la jurisprudence et la doctrine de nombreux pays. Pour la jurisprudence belge, on peut se référer à Braun, op. cit. pp. 50 e.s. (cfr. aussi Ulmer "Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der E.W.G.", Tome II, I, Belgique/Luxembourg, p. 267). Aux Pays-Bas, on adoptait en la matière une attitude plus réticente (cfr. : Martens "Onrechtmatige Daad", édition sur feuillets mobiles Kluwer, VI, n° 136, 2) tandis qu'Yves Saint-Gal ("Protection et valorisation des Marques de fabrique, de commerce ou de service" - 1972 - p. D 12) introduit ainsi qu'on va lire ses considérations relatives au droit français :

"La valeur comme marque d'une couleur pose un problème encore plus délicat. La loi de 1957 n'avait pas visé les couleurs dans son énumération des signes pouvant constituer une marque.

D'une manière générale, la jurisprudence estimait qu'il n'était pas possible de revendiquer la propriété exclusive d'une couleur simple en raison du fait que le nombre limité des couleurs risquerait de créer pour certains un véritable monopole, et qu'une telle marque ne pourrait être suffisamment distinctive.

En revanche, les tribunaux admettaient qu'une combinaison ou une disposition de couleur, ou encore des teintes, ou même la nuance particulière d'une couleur, par exemple la teinte "bleu azur" ou "saumon orangé", pouvaient constituer une marque valable.

La loi de 1964 cite, dans son énumération, les "combinaisons ou dispositions de couleurs" parmi les signes susceptibles d'être protégés comme marques."

Dans "Aspects actuels du droit des marques dans le Marché commun" (1967), Van Bunnem fait remarquer à la note 3 sous le n° 35 : "Le caractère distinctif de la couleur est controversé : on admet en général en tout cas que les combinaisons de couleur peuvent être éventuellement protégeables comme marques."

On ne peut mettre en doute à mon avis que les auteurs de la L.B.M. connaissaient cette controverse. Or, ils n'ont pas exclu expressis verbis la couleur ou la combinaison de couleurs des signes qui servent à distinguer les produits d'une entreprise ; il est dès lors légitime, me semble-t-il, de considérer qu'ils ont entendu laisser au juge le soin de trancher tout en maintenant ainsi la possibilité pour une couleur ou une combinaison de couleur d'être considérée comme une marque dans certaines circonstances. Ainsi, la protection d'une telle marque, que l'on pouvait antérieurement revendiquer de façon occasionnelle par le droit commun, pourrait donc trouver son fondement dans le droit des marques, après l'entrée en vigueur de la L.B.M.

Il s'agit là, comme nous l'avons dit, d'un objectif qui n'a certainement pas été étranger aux auteurs de la L.B.M. Il est patent qu'à l'égard d'une couleur ou d'une combinaison de couleurs regardée comme marque par elle-même, le juge devra dans son appréciation recourir à des critères sévères pour prévenir toute évolution excessive. Néanmoins, il convient sous cet aspect de ne pas perdre de vue l'observation de Molengraaff : (traduction) "La Loi sur les marques a pour objet de lutter contre la concurrence déloyale d'une manière plus efficace que par le recours à l'article 1401 du Code civil (néerlandais) mais elle ne se propose aucunement d'entraver les pratiques commerciales honnêtes (Molengraaff dans W. 12003, cité par de Haan dans N.J.B. 1957, p. 457).

Arrivé à ce point de l'exposé, je crois également pouvoir trouver dans le droit de la République fédérale d'Allemagne divers points d'appui pour ma démonstration. Dans ce pays, la forme et la couleur des produits ou du conditionnement ne peuvent pas être considérées comme des marques et elles ne peuvent y faire l'objet d'un enregistrement en tant que telles (Baumbach-Hefermehl "Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht", Tome II "Warenzeichenrecht" - 1969 - pp. 59 et 60 et Busse "Warenzeichengesetz" - 1976 - p. 135). Mais la loi allemande sur les marques de produits prévoit, dans son paragraphe 25, ce qu'on a appelé l'"Ausstattungsschutz". Le passage qui nous intéresse directement est libellé comme suit : "Wer im geschäftlichen Verkehr Waren oder Ihre Verpackung oder Umhüllung (.....) widerrechtlich mit einer Ausstattung versieht, die innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleicher oder gleichartiger Waren eines anderen gilt, oder wer derart widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, kann von dem anderen auf Unterlassung in Anspruch genommen werden."

Dans l'article précité du "Festschrift für Philipp Möhring", Hefermehl écrit : "Unter einer Ausstattung versteht man die äuszere Form oder Aufmachung in der ein Unternehmer seine Waren in den Verkehr bringt oder für sie wirbt, um sie von gleichen oder gleichartigen Waren anderer Herkunft zu unterscheiden". Ce qui revient à dire à mon avis que cette définition de l'"Ausstattung" tombe clairement dans les termes de la définition de la marque donnée à l'article 1er de la L.B.M. Pour ce qui est de la loi sur les marques aux Pays-Bas, l'"Austattung" (à traduire par ; "aankleding", présentation) ne ne pouvait pas être réputée constituer l'un des moyens permettant de distinguer un produit des autres au sens du droit des marques et il était nécessaire pour obtenir la protection de passer par les règles du droit commun (Pfeffer loc. cit.). En insérant précisément entre autres la forme et le conditionnement dans la définition de la marque et en ne prévoyant par ailleurs aucune restriction quant à ce qui peut constituer une marque, les auteurs de la L.B.M. ont laissé la possibilité d'octroyer, dans certaines circonstances, la protection comme marque à l'"Austattung" d'un produit. Cela étant, la jurisprudence et la doctrine allemandes relatives au paragraphe 25 de la "Warenzeichengesetz" nous intéresse aussi pour le problème qui nous occupe. Qu'il suffise de citer ici à nouveau Hefermehl qui introduit dans les termes suivants son article précité :

"Es ist seit langem in der Rechtsprechung und im Schrifttum anerkannt, dasz eine Farbe oder Farbkombination, die im geschäftlichen Verkehr zur Individualisierung einer Ware oder eines Unternehmens verwendet wird, durch ein subjektives Ausschlußrecht des Kennzeicheninhabers geschützt sein kann. Das ist der Fall, wenn sie als Ausstattung einer Ware diese nach ihrer Herkunft aus einem bestimmten Betrieb individualisiert ....."

(cfr. en outre : Busse, op. cit., p. 499 et Reimer "Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht", Tome I "Warenzeichen und Ausstattung" - 1966 - pp. 678 e.s.). Je voudrais enfin faire référence au droit européen en gestation (?). Dans un "Avant-projet de convention relatif à un droit européen des marques" publié en 1973 par la Commission des Communautés européennes, on propose la disposition suivante (art. 8) concernant les signes qui peuvent servir de marques :

"(1) (1) Peuvent être enregistrés comme marques européennes les dénominations, dessins, empreintes, cachets, lettres, chiffres, combinaisons de couleurs, formes de produits ou de conditionnements, et tous autres signes servant à distinguer les produits d'une entreprise.

(2) Toutefois, ne peuvent être enregistrées comme marques européennes les formes qui sont imposées par la nature même du produit, qui affectent sa valeur essentielle ou qui produisent un résultat industriel."

(cf. : "Mémorandum sur la création d'une marque communautaire" publié au Bulletin des Communautés européennes, supplément 8/76)

Les combinaisons de couleurs sont donc citées expressis verbis. Reste encore la question de savoir si l'on a entendu exclure la couleur simple prise en soi de la protection en vertu du droit des marques, par exemple parce que l'on considérerait qu'une telle couleur est dénuée par elle-même de tout pouvoir distinctif.

J'incline à penser que c'était bien le cas mais je pense avoir démontré ci-dessus qu'on ne saurait donner de fondement véritable à une exclusion de principe de la couleur simple prise en soi comme signe propre à distinguer les produits d'une entreprise.

De tout quoi il résulte qu'à mon avis, la première question doit recevoir une réponse affirmative. Cela implique qu'il convient de répondre aussi exclusivement par l'affirmative à la deuxième et à la troisième question. Que la couleur ou la combinaison de couleurs soit portée sur le produit lui-même ou sur le conditionnement de celui-ci ne fait selon moi aucune différence en droit des marques. Même si la forme du produit n'est pas appropriée par elle-même à distinguer les produits d'une entreprise, le produit présenté sous cette forme peut être individualisé par le fait que la forme est recouverte d'une couleur ou d'une combinaison de couleurs, et que cette forme ainsi colorée peut servir à distinguer les produits d'une entreprise. On peut évidemment en dire tout autant du conditionnement. La forme du produit ou du conditionnement n'aura d'autre fonction que celle du délinéament (nécessaire en vue du dépôt) de la marque. Permettez-moi - tout en me référant à ce qui a déjà été dit ci-dessus concernant le droit allemand - de citer une nouvelle fois l'article de Hefermehl (p. 232) :

"Eine Farbe kann durch die Form präzisiert werden, aber auch selbst ihre Form präzisieren, sodass Farbe und Form ein Einheit bilden. Stets aber wird eine Farbe durch den Gegenstand, auf dem sie sich befindet, zu einem bestimmten Erscheinungsbild, das durch das Ausmaß und die Art, wie die Farbe verwendet und verteilt wird, geprägt ist."

Nous en arrivons enfin à la quatrième question qui compte deux branches. Sur la première branche :

"Selon quels critères doit-on apprécier si une marque telle que celle visée dans ces questions (les questions 1, 2 et 3) sert à distinguer les produits d'une entreprise ?", il ne sera pas possible à mon avis de donner une réponse générale. La question du pouvoir distinctif d'un signe qui doit servir à distinguer les produits d'une entreprise est une question de pur fait. Il résulte du Commentaire commun des Gouvernements (cité supra) que le juge dispose dans ce domaine d'une grande liberté d'appréciation et qu'il doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause.

En ce qui concerne la deuxième branche : "Le droit de cité ("inburgering") invoqué par la défenderesse est-il un critère ?", je préférerais lire, de façon à rendre la formulation plus générale, : le "droit de cité" peut-il constituer un critère devant permettre d'apprécier si un signe peut servir à distinguer les produits d'une entreprise ? (on doit entendre par "droit de cité" : le fait qu'un signe à l'origine relativement impropre à distinguer les produits d'une entreprise a acquis, par un usage intensif et prolongé, un pouvoir distinctif tel qu'il peut être considéré comme marque). Posée en ces termes, il me paraît que cette question doit recevoir une réponse affirmative. Il résulte, me semble-t-il, de l'article 14 A combiné à l'article 4 que le dépôt d'un signe qui ne répond pas à la définition de la marque donnée à l'article 1er, particulièrement lorsque le signe est dénué de tout caractère distinctif au sens de l'article 6 quinquies B sous 2 de la Convention d'Union de Paris, est en tout cas attributif d'un certain droit à la marque, quoique contestable.



On n'aperçoit pas pourquoi ce caractère contestable ne pourrait pas être "racheté" par un usage intensif et prolongé auquel se livrerait une entreprise déterminée (et l'on peut penser plus particulièrement à des campagnes publicitaires). Il serait difficilement supportable que lorsqu'une entreprise serait parvenue, par un effort d'envergure, à faire percer une marque déterminée pour ses produits, un tiers puisse s'en rendre maître en invoquant à ce moment-là la nullité du dépôt au motif que la marque était dénuée, lors du dépôt, de tout caractère distinctif. Aussi ne puis-je pas me rallier sur ce point à l'opinion de Van Nieuwenhoven Helbach qui considère que la nullité pour défaut de caractère distinctif doit être appréciée au moment du dépôt (op. cit. n° 366, p. 123). Je vois là la situation inverse de celle qui conduit à l'extinction du droit à la marque qui est devenue, par le fait de son titulaire, dans le langage courant, la dénomination usuelle d'un produit (article 5 alinéa 4 L.B.M.).

Wichers Hoeth (op. cit. p. 104) écrit qu'un signe à l'origine impropre peut acquérir, à la suite d'un usage comme marque, valeur de signe distinctif d'une entreprise et devenir ainsi une marque valable. Il poursuit :

"Il est difficile de dire si cette situation est appelée à se modifier à la suite de l'application de la LBM mais on peut en douter en raison du fait que l'article 14 A, qui prévoit, au point 1 a, l'annulation d'un signe privé de tout caractère distinctif comme prévu par l'article 6 quinquies B, sous 2 de la Convention d'Union, ne fait pas référence, parallèlement, à l'alinéa C de la même disposition qui stipule que pour apprécier si la marque est susceptible de protection, on devra tenir compte de toutes les circonstances de fait, notamment de la durée de l'usage". Je crois que Wichers Hoeth

attache une trop grande importance à la référence faite au texte de la Convention d'Union de Paris. A l'origine, l'article 14 A sub 1 a faisait référence à l'article 6 B alinéa 1er sub 2 de la Convention de Paris dont le texte se lisait dans la version de Londres :

"(traduction) B.1. Seront toutefois refusées ou invalidées :

1. ...
2. les marques dépourvues de tout caractère distinctif ...

Pour apprécier le caractère distinctif d'une marque, on devra tenir compte de toutes les circonstances de fait, notamment de la durée de l'usage de la marque ;

3. ...".

Or, la deuxième phrase sub 2 a été introduite dans les textes ultérieurs de la Convention d'Union sous le littéra C de l'article 6 quinquies. Rien n'indique toutefois que c'est à dessein que lors de l'adaptation du texte de la L.B.M. au nouveau texte de la Convention d'Union, la règle du littéra C n'a plus été mentionnée à l'article 14 A, dans le but donc d'exclure le critère qui est prévu pour apprécier le caractère distinctif d'une marque. Je crois qu'il ne faut pas tirer de cette omission de texte des conclusions quant à l'applicabilité de l'alinéa C.

Je conclus donc qu'à mon avis il doit être répondu par l'affirmative aux première, deuxième et troisième questions soumises à Votre Cour ; que la première branche de la quatrième question ne se prête pas à une réponse en raison de ses termes généraux et qu'enfin, il doit également être répondu par l'affirmative à la deuxième branche de la quatrième question.

Bruxelles, le 22 novembre 1976.

W.J.M. BERGER