

BENELUX - GERECHTSHOF

REGENTSCHAPSSTRAAT 39
1000 BRUSSEL
TEL. (0) 2.519.38.61

GRIFFIE

COUR DE JUSTICE BENELUX

39, RUE DE LA RÉGENCE
1000 BRUXELLES
TÉL. (0) 2.519.38.61

GREFFE

CD/WR

Traduction

Conclusions

de Monsieur Th. B. ten Kate, Avocat général dans l'affaire A 87/8 -
SUPERCONFEX B.V. contre BURBERRYS LIMITED

1. Par arrêt du 2 octobre 1987, n° du rôle 13.292 (Nederlandse Jurisprudentie 1988, 116; IER 1987, 62, p. 114 avec note SdW), le Hoge Raad der Nederlanden, avant de statuer sur le pourvoi de Superconfex dans la procédure en référé dont Burberrys avait saisi en première instance le président du tribunal de Zwolle par citation signifiée à Superconfex le 14 octobre 1985, a posé à votre Cour les questions suivantes relatives à l'interprétation de l'article 1er, alinéa 2, de la loi uniforme Benelux sur les marques (LBM) :

" (A) L'exception prévue à l'article 1er, alinéa 2, LBM selon laquelle ne peuvent être considérées comme marques les formes qui affectent la valeur essentielle du produit, doit-elle être comprise en ce sens qu'elle ne peut s'appliquer que si les formes considérées bénéficient in concreto de la protection au titre de la loi uniforme Benelux en matière de dessins ou modèles (LBM) ou des lois nationales sur le droit d'auteur ?

(B) Dans la négative, cette disposition a-t-elle pour portée de n'être applicable que si les formes considérées sont en principe susceptibles en soi de protection au titre de la LBDM ou des lois nationales sur le droit d'auteur ?

(C) Si la question B se fonde, elle aussi, sur une portée trop restrictive de cette disposition, suivant quel critère faut-il apprécier si les formes considérées relèvent ou non de l'exception prévue ?"

2. Pour ne pas me répéter, je me permets, pour l'énoncé des faits à l'origine de ces questions d'interprétation, de renvoyer à la synthèse que le Hoge Raad en a donnée dans son arrêt précité en application de l'article 6, alinéa 5, du statut de votre Cour.

3. Je me bornerai à ajouter les éléments de fait non relevés dans l'arrêt sous 3.2 et 4 (VI), sur la base desquels la cour d'Arnhem a admis, dans l'attendu 10 de son arrêt attaqué du 3 novembre 1986, qu'il ne pouvait y avoir en l'espèce de cumul de protection de la LBM avec la LBDM et avec la "Auteurswet 1912" néerlandaise (la cour mentionnant erronément l'année 1919), lequel attendu est également cité dans le moyen de cassation pour être ensuite attaqué :

"..... Sur la base de la déclaration de J.A.M. Luykx, datée du 15 août 1985 et produite en première instance comme pièce n° 32, la cour admet que le motif à carreaux de Burberrys était déjà connu aux Pays-Bas avant 1975. Burberrys l'affirme d'ailleurs elle-même. Pour cette raison, il n'était pas possible de déposer comme un nouveau modèle le motif à carreaux en vertu de la LBDM entrée en vigueur le 1er janvier 1975 [artt. 1 j° 4, alinéa 1er, sous a, LBDM]. Il ne peut dès lors y avoir un cumul de protection avec la LBDM. La cour ne voit pas au surplus en quoi le motif à carreaux de Burberrys destiné aux doublures intérieures des imperméables pourrait se voir reconnaître un caractère artistique suffisant pour être considéré comme une oeuvre à laquelle s'attache un droit d'auteur. C'est pourquoi la cour estime qu'un cumul de protection avec la "Auteurswet 1919" n'est pas concevable non plus. Cela signifie qu'à défaut de cumul de protection avec la LBDM ou avec la "Auteurswet 1919" (...), l'exception de l'article 1er, alinéa 2, LBM n'est pas applicable, compte tenu de son objet, et on ne peut dénier à Burberrys la protection de sa marque figurative numéro 351957."

4. Afin de tracer le cadre dans lequel s'inscrit l'attendu cité, je voudrais relever un passage qui précède, dans l'arrêt de la cour d'appel, l'attendu 10 en question : "Il s'agit en l'occurrence d'un produit - vêtement de pluie - de nature telle que son apparence et sa forme déterminent fortement sa valeur marchande. Le motif à carreaux litigieux peut ainsi affecter la valeur essentielle du produit. Prise à la lettre, l'exception de l'article 1er, alinéa 2, LBM est applicable. Toutefois, comme il a été indiqué plus haut, l'exception tend à limiter dans une certaine mesure la possibilité de cumul de la protection du droit des marques et de celle qui résulte du droit d'auteur ou du droit des dessins ou modèles (...)"

5. Votre Cour est compétente pour répondre aux questions posées par le Hoge Raad puisqu'en vertu de l'article 1er, sous A, 13°, du Protocole du 29 avril 1969 conclu en exécution de l'article 1er, alinéa 2, du Statut de votre Cour du 31 mars 1965, entré en vigueur le 1er janvier 1974, la Convention Benelux en matière de marques de produits, portant en annexe la loi uniforme Benelux sur les marques de produits, signée à Bruxelles le 19 mars 1962, a été désignée comme règle juridique commune pour l'application du chapitre III dudit Statut.

6. Les questions tiennent pour acquis que le motif à carreaux que Burberrys a déposé comme marque figurative sous le n° 351957 auprès du Bureau Benelux des Marques fait partie des "formes" visées à l'article 1er LBM. Eu égard à l'attendu 3.1 de l'arrêt du Hoge Raad, il n'est plus possible de soulever dans le cadre de ce référé le point de savoir si l'article 1er, alinéa 2, LBM ne concerne éventuellement que les signes tridimensionnels. Ainsi qu'elle l'a exposé oralement devant votre Cour, Burberrys défend cette interprétation restrictive de l'article 1er, alinéa 2, LBM dans le cadre de la présente procédure au principal.

7. L'article 1er, alinéa 1er, LBM considère entre autres comme marques individuelles "les formes de produits" servant, selon les termes employés à la fin de cet alinéa, (et donc aptes) à distinguer les produits d'une entreprise. Cf. attendu 9 Cour Benelux, 9 février 1977, n° A 76/1, NJ 1978, 415 (p. 1426 col. g.) avec note LWH sous 416, BIE 1977, 59, p. 195 (p. 201 col.dr.), RW 1977-1978, col. 1169 et s.

8. S'agissant des "formes", l'alinéa 2 dudit article établit une exception à la prédite disposition pour trois cas.

9. Les questions d'interprétation portent en l'espèce sur les formes "(...) die de wezenlijke waarde van de waar beïnvloeden," ou, dans le texte français "(...) qui affectent sa valeur essentielle".

10. Il suit de ce texte que l'objet de l'exception n'est pas que la forme du produit revête, par elle-même, une importance essentielle pour la valeur

du produit mais que la forme doit se rapporter ou toucher à (affecte) ce qu'est le produit, à ce qui détermine la valeur essentielle du produit lui-même. Cons. aussi à cet égard les conclusions de Franx sous 3 (p. 782, 783) avant Hoge Raad 11 novembre 1983, NJ 1984, 203 (Wokkels) avec note LWH, BIE 1985, 9, p. 23 (p. 28-29).

11. L'exposé des motifs commun des gouvernements (Schuurman en Jordens 47, 1987, pp. 35-37; Textes de base Benelux, Tome V, pp. 41, 42; annexé à la lettre du Secrétaire d'Etat aux Affaires économiques et du Ministre de la Justice a.i. du 26 mars 1959, session 1959-5470, document n° 2, débattu ensuite à la Seconde Chambre, lesquels documents ont été rassemblés dans les travaux préparatoires, session 1962-1963-7043, de la loi d'approbation néerlandaise du 25 avril 1963, Staatsblad 221) fait les observations suivantes au sujet de l'exception prévue à l'article 1er de la loi uniforme (ma citation comporte un plus grand nombre d'alinéas que j'ai marqués de lettres et auxquels j'ai ajouté le commentaire relatif à la troisième exception) :

a. "Cette exception tend à limiter quelque peu la possibilité d'invoquer la protection du droit des marques en plus de celle découlant du droit d'auteur ou du droit des dessins et modèles."

b. "En effet, la forme, qui répond déjà aux normes de ces droits, ajoute inévitablement à la valeur utilitaire du produit une certaine valeur d'attrait. Si, eu égard à la nature du produit, cette valeur d'attrait revêt une importance capitale, la forme choisie ne peut entrer en ligne de compte pour une protection supplémentaire comme marque."

c. "Ainsi, pour prendre un exemple, la forme artistique donnée à un service de cristal ne pourra pas être protégée comme marque dans l'industrie du

verre, le produit en cause trouvant sa valeur essentielle, non seulement dans la matière employée, mais aussi, et peut-être même surtout, dans la beauté de sa forme."

d. "Dans l'industrie alimentaire par contre, un produit, tel que le chocolat par exemple, pourra être débité sous une forme attractive sans doute, mais sans influence réelle sur la valeur intrinsèque de la friandise. Pareille forme pourra, le cas échéant, servir de marque au fabricant et être protégée à ce titre, sans préjudice d'ailleurs de l'application éventuelle du droit d'auteur ou du droit des dessins et modèles."

e. "A noter que la valeur essentielle visée par le texte est celle du produit lui-même et non celle de l'emballage. Ainsi, par exemple, la forme artistique donnée aux flacons utilisés dans l'industrie des parfums n'est pas déclarée inapte à servir de marque dans cette industrie."

f. (sur la troisième exception) "Alors que la réserve précédente s'efforçait de résoudre les difficultés qu'entraîne parfois l'application simultanée, d'une part du droit des marques et d'autre part du droit d'auteur ou du droit des dessins et modèles, la présente exception tend à exclure du domaine des marques les formes de produits ou de conditionnement dont les effets relèvent de la technique."

g. "A noter que cette dernière notion est plus large que celle de l'invention au sens de la loi sur les brevets. Il ne suffit donc pas d'établir l'absence de brevetabilité pour justifier la protection d'une forme comme marque. La protection prévue par la présente loi est exclue dès que l'emploi de la forme assure à son exploitant un réel avantage dans la fabrication ou le conditionnement de la marchandise."

h. "Le texte qualifie cet avantage d'industriel, pour bien souligner qu'il doit être étranger au domaine de l'esthétique ou de l'intelligence pure,

l'effet publicitaire d'une forme ne pouvant par exemple entrer en ligne de compte pour priver celle-ci de la protection du droit des marques."

12. Ce commentaire confirme la constatation faite plus haut sous le n° 10. Voyez la remarque au n° 11e et la dernière phrase sous h ci-dessus, ainsi que la portée des considérations émises sous c et d.

13. La seule circonstance que la forme choisie présente une originalité qui permettrait de la protéger, en soi, au titre du droit d'auteur (cf. Cour Benelux 22 mai 1987, A 85/3, NJ 1987, 881 avec note LWH, BIE 1987, 49, p. 196 avec note Ste, IER 1987, p. 70, RW 1987-1988, col. 14 et s. et HR 15 janvier 1988, NJ 1988, 376) ou bien soit une forme qui recèle en elle la possibilité d'acquérir la protection du droit des dessins et modèles, ne suffit dès lors pas à exclure cette forme de la protection du droit des marques. Cons. aussi le rapport du 21 novembre 1960 (15-3), p. 16, du Conseil interparlementaire consultatif de Benelux : "Quoique la forme d'un produit ou d'un conditionnement puisse constituer éventuellement une marque, l'attention a été attirée sur le fait que les dessins et modèles industriels font l'objet d'une réglementation spéciale."

14. Pareille exclusion ne serait du reste guère admissible. Elle impliquerait en effet que la possibilité de faire protéger une forme en soi par le droit des marques s'amenuiserait à mesure que cette forme, admise en principe comme marque, gagnerait en beauté et en originalité ou encore trouverait un meilleur accueil de la part du public.

15. Aussi l'article 1er, alinéa 2, LBM ne met-il pas l'accent sur cet aspect, mais sur l'exigence que la forme affecte la valeur essentielle du produit lui-même. Voyez les n°s 10 et 12 supra.

16. Bien que le commentaire cité ne précise pas formellement sous quel rapport il faut envisager la "valeur" en question, on peut, me paraît-il,

admettre sans inconvénient qu'il s'agit en fin de compte de la valeur que le produit possède sur le marché auquel il est destiné et aux yeux des acheteurs présents sur ce marché. La loi uniforme a été instaurée par une convention Benelux parce qu'elle était jugée nécessaire pour garantir la liberté des échanges économiques entre les pays. Voyez l'introduction de l'exposé des motifs commun des gouvernements relatif à la convention proprement dite (cf. les références indiquées au n° 11 supra); rapport provisoire de la commission spéciale du Conseil interparlementaire consultatif de Benelux du 31 mars 1960 (15-2), pp. 7, 8 sous VI; rapport du 21 novembre 1960 (15-3), p. 5.

17. Le seul fait que pareille plus-value résulte de la forme choisie n'est néanmoins pas encore suffisant; cette plus-value doit trouver son fondement dans la circonstance que la forme est également essentielle pour le produit sur le marché où le produit est offert en vente. Voyez les passages extraits du commentaire sous le n° 11b-d.

18. Ces deux éléments se retrouvent dès lors dans l'arrêt de votre Cour du 23 décembre 1985 dans l'affaire A 83/4 (Adidas), NJ 1986, 258 (LWH), BIE 1986, 54, p. 208 (vNH), RW 1986-1987, col. 2471 et s., dans la réponse à la question IVa, n° 99 : "La question de savoir si une forme qui rend un produit plus élégant ou plus attrayant doit être considérée comme affectant la valeur essentielle de ce produit, au sens de l'article 1er, deuxième alinéa de la L.B.M., appelle une réponse affirmative si le produit est de nature telle que son aspect et sa forme déterminent fortement sa valeur marchande, et une réponse négative dans le cas opposé."

19. Dans l'appréciation qu'il donne de cet arrêt dans sa note 2-BIE, Van Nieuwenhoven Helbach s'écarte trop, à mon sens, des considérations émises sous les n°s 10 et 12. Cf. aussi Wichers Hoeth dans sa note NJ, 4-6. L'élément décisif dans la "nature du produit" posée comme principe reste ce qui est déterminant pour le produit sur le marché en cause, ce qui détermine la valeur essentielle du produit lui-même sur ce marché.

20. La consécration par l'usage ne peut pas davantage transformer en marque une forme qui affecte ainsi la valeur essentielle du produit. Ainsi que votre Cour l'a décidé dans l'arrêt prémentionné à la suite de la question IVb, sous le n° 63, cette règle découle de la circonstance "que cette disposition légale tend à limiter la protection de ces formes à celle qui est prévue en vertu de la L.B.D.M. et/ou des lois nationales sur le droit d'auteur (...)" Cf. n° 11a et f supra.

21. Il me paraît que ce dont il s'agit ici aussi, c'est d'éviter que la liberté des échanges économiques dans les pays du Benelux dans le domaine de la forme et du conditionnement des produits (cf. n° 16 supra) soit restreinte au-delà des limites acceptables, même si cet objectif s'exprime plus particulièrement au sujet de l'exclusion de la protection du droit des marques prévue à l'article 1er, alinéa 2, LBM pour les formes qui sont imposées par la nature même du produit ou qui produisent des résultats industriels. Cf. attendus n°s 9 et 10 Cour Benelux 9 février 1977, affaire A 76/1 (capsule), NJ 1978, 415 (LWH sous 416), BIE 1977, 59, p. 195 (p. 201/202), RW 1977-1978, col. 1169 et s.; Cour Benelux 9 mars 1977, affaire A 76/2 (bonbonne de gaz), NJ 1978, 416 (pas in extenso), BIE 1977, 60, p. 203, notamment p. 212/213, RW 1977-1978, col. 1183 et s. Voir aussi Gotzen, "Van Belgisch naar Benelux-merkenrecht" (1969), n° 11, p. 22, qui, dans son analyse de l'article 1er, alinéa 2, LBM, attire l'attention sur le fait qu'en vertu du droit belge antérieur, aucun "pouvoir distinctif ne peut être attribué à des signes dont la monopolisation comme marque empêcherait précisément la réalisation de l'hypothèse imposée de la concurrence la plus opérante." Voir à cet égard Cour Benelux 5 octobre 1982, affaire A 81/4 (Juicy Fruit), NJ 1984, 71 (LWH) quant à la quatrième question, p. 293/294, BIE 1983, 24, p. 63 (p. 68 col. dr.), RW 1982-1983, col. 1299 et s.

22. On l'a vu, la délimitation n'est pas tranchée. L'exception tend "à limiter quelque peu le cumul de protection". Celui-ci n'est donc pas exclu. Cf. n°s 11a, 10, 12, 15, 17 et 19 supra.

23. D'autre part, le texte de la loi n'a pas non plus subordonné l'applicabilité de l'exception à la protection (éventuelle) par le droit des modèles ou le droit d'auteur. Le législateur Benelux a retenu à l'article 1er, alinéa 2, LBM, un critère matériel spécifique dont il ne ressort pas qu'il renvoie nécessairement à l'existence de la protection précitée.

24. Pareille idée ne résulte pas davantage des travaux parlementaires (session 1962-1963-7043) concernant la loi d'approbation néerlandaise du 25 avril 1963, Stb. 221, de la Convention avec la loi uniforme, pas plus que de la loi d'approbation belge du 30 juin 1969, Moniteur belge 198 (14 octobre 1969), Exposé des motifs, session extraordinaire Chambre des Représentants, 25 octobre 1965, 23 (S.E. 1965) - n° 1; session 1965-1966, 24 juin 1966, 23 (S.E. 1965) - n° 2; Sénat de Belgique, session 1965-1966, 16 juin 1966, 241, ni de la loi d'approbation luxembourgeoise du 7 décembre 1966, Mémorial 29 décembre 1966, A. - n° 68; Avis Conseil d'Etat n° 21518 du 9 février 1965; projet de loi avec exposé des motifs et avis prémentionné et avis complémentaire, session Chambre des Députés 1964-1965, n° 1132, rapport, session 1965-1966, n° 1132. L'aperçu comparatif joint à la lettre du Secrétaire d'Etat aux Affaires économiques et du Ministre de la Justice a.i. (session 1959-5470, document n° 2) visée au n° 11 supra indique seulement sous I que le droit des marques néerlandais antérieur - à la loi Benelux - n'admettait pas "en règle générale la forme des produits eux-mêmes comme marque". Cf. entre autres Braun, "Précis" (1987), n° 75, p. 69; Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth (1984), p. 76; Van Bunnem, "Aspects" (1967), n° 49, p. 51.

25. La situation était différente en Belgique. Gotzen, "Van Belgisch naar Benelux-merkenrecht" (1969), n° 10, p. 21, fait observer à ce sujet que les exceptions prévues à l'article 1er, alinéa 2, LBM, ont été adoptées à la demande des Néerlandais. Il note en outre qu'"un coup d'oeil sur notre jurisprudence suffit pour démontrer" que l'on a en fait codifié ainsi les limita-

tions que le droit belge avait apportées, au moyen de l'exigence du "pouvoir distinctif", à la reconnaissance des "formes" comme marques. Aussi estime-t-il (n° 12, p. 23) que l'article 1er, alinéa 2, LBM, ne comporte à proprement parler aucune innovation pour les Belges. Voir aussi le n° 21 supra.

26. Je regrette de n'avoir rien pu trouver à ce jour au sujet des antécédents décrits par l'une des parties intéressées. Je n'ai donc aucune vue précise sur les discussions qui ont précédé l'exposé des motifs commun des gouvernements, tel que cité en partie au n° 11 ci-dessus. Un projet commenté antérieur au projet Benelux, dans lequel l'article 1er ne comportait pas encore l'actuel alinéa 2, a été publié en annexe au BIE 1954, pp. 1-12.

27. Envisageant l'ensemble des considérations émises aux n°s 13 à 23, je pense que l'exception de l'alinéa 2 considérée en l'espèce vise les formes qui affectent le produit dans la valeur qui s'y attache sur le marché concerné, et qui intéressent dès lors la valeur marchande.

28. Selon la nature du produit (bijoux; poubelles), la forme esthétique du produit, par exemple, pourra ou non servir de marque. A cet égard, je rappelle les observations faites aux n°s 11e et 12 supra.

29. Compte tenu de ce qu'en raison de la disposition de l'alinéa 1er de l'article 1er, LBM, le deuxième alinéa concerne exclusivement les formes qui seraient susceptibles, en soi, de distinguer les produits considérés (voir les n°s 7 et 8 supra), pareilles formes (les produits ainsi formés; cf. n°s 10, 11e, 12-15, 17 et 19 supra) se situeront aussi en général dans la sphère juridique permettant de revendiquer le droit d'auteur ou d'obtenir la protection de la LBDM, dans les limites, évidemment, applicables à l'un ou à l'autre de ces droits. C'est aussi pour cette raison qu'en doctrine, on s'est demandé si la protection du droit des marques pouvait être accordée à

ces formes et où il fallait fixer la démarcation. Voyez la doctrine déjà citée: Van Bunnan, "Aspects" (1967), n°s 46-51, pp. 47-54; Roubier, "Le droit de la propriété industrielle" (1954), n° 260, pp. 552-555; Braun, "Précis" (1987), n°s 75 et 77 (pp. 69, 70 et 72, 73); Van Dijk, "Merkenrecht in de Beneluxlanden" (1973), p. 34/35; Van Nieuwenhoven-Helbach, "Nederlands handels- en faillissementsrecht" II (1983), n°s 620, 621, 630, 632, pp. 282, 283, pp. 288, 289; Wichers Hoeth dans Drucker-Bodenhausen (1984), p. 76 et dans Recueil "Naar Behoren" (1982), pp. 140-141; Verkade dans Komen-Verkade, "Het nieuwe merkenrecht" (1970), n° 9, p. 12 et n° 33, p. 38/39, dans "Bescherming van het uiterlijk van produkten" (1985), n° 129, p. 168/169 et dans "Auteursrecht en mediarecht" 82/5, pp. 141, 142, 144; Bruin dans cette dernière revue 85/1, p. 13.

30. L'article 1er, alinéa 2, LBM n'exige toutefois pas que cette protection soit effective dans le cas considéré ou qu'elle puisse être obtenue. Cf. n° 23 supra.

31. Dans le système, qui n'entend pas instaurer une délimitation tranchée (cf. n° 22 supra), l'existence éventuelle en pareil cas d'une protection de la forme choisie (possibilité de "monopolisation" de la forme) est apparemment régie, en fonction de leurs champs d'application respectifs, par le droit d'auteur ou par la LBDM.

32. Pour le surplus, c'est l'intérêt général (mis en balance avec d'autres intérêts) de la liberté des échanges économiques dans les pays du Benelux (cf. n° 21 supra) qui est prédominant. Les observations du commentaire commun au sujet de la forme en tant que marque par rapport au droit des brevets restent pertinentes ici. Cf. n° 11g supra.

33. Il est à noter, au demeurant, que la cour d'Arnhem a certes admis en l'espèce que la "forme" considérée ne pouvait être déposée comme modèle en

vertu de l'article 4, alinéa 1er, sous a, LBDM (voir n° 3 supra), mais qu'aux termes de l'article 25 LBDM, la protection qui, avant l'entrée en vigueur de la LBDM, pouvait être invoquée aux Pays-Bas et au Luxembourg (l'article 26 LBDM est applicable pour la Belgique) à l'égard d'une "forme" comme dans le cas présent, s'était maintenue après l'introduction de cette loi uniforme. Cons. p.ex. Martens dans les fascicules Kluwer "Onrechtmatige daad" VI, n° 102.

34. La sanction de l'annulation prévue à l'article 14, alinéa 1er, sous a, LBM frappant sans réserve un signe qui, en vertu de l'article premier LBM, n'est pas considéré comme marque, je ferai abstraction de cet article 14 dans l'interprétation dudit article 1er (voir aussi au sujet de l'attaque d'une marque pour illégalité entre autres Steinhauser, RMTh 1987, p. 36/37). Il est indifférent à cet égard que cet article 14 mette l'accent sur le cas du défaut de tout caractère distinctif au sens de l'article 6quinquies B, 2° de la Convention de Paris ("notamment par défaut", dit le texte); il n'est pas davantage pertinent que l'exposé des motifs commun (p. 20, art. 15, sous A et 1) traite uniquement de cette même hypothèse.

35. Je précise que l'article commenté, qui était à l'époque l'article 15, A, alinéa 1er, était encore libellé selon le projet du 12 février 1959, 15-1, p. 38, comme suit (je renvoie, ici et sous les n°s 36-37, aux documents concernant les débats au Conseil interparlementaire consultatif de Benelux, joints à la loi d'approbation néerlandaise indiquée au n° 11 supra) : "du dépôt d'un signe dépourvu de tout caractère distinctif, comme prévu par l'article 6, B, sous 1, 2° de la Convention de l'Union de Paris". Les mots "qui, en vertu de l'article premier, n'est pas considéré comme marque" qu'on peut lire dans l'actuel article 14, A, alinéa 1er, sous a, ont été ajoutés ultérieurement.

36. Dans le rapport provisoire du 31 mars 1960, 15-2, pp. 9, 10, le Conseil interparlementaire avait notamment attiré l'attention sur le système proposé

par la Commission néerlandaise des marques : "Le droit à la marque s'acquiert par le dépôt. Est cependant nul : le dépôt d'un signe

- a. ne constituant pas une marque au sens de l'article 1er;
- b. n'ayant pas un caractère distinctif suffisant;
- c.

dans les cas susdits tout intéressé pourra invoquer en tout temps la nullité du dépôt

37. D'après le rapport du 21 novembre 1960 (15-3), pp. 23 (et aussi p. 20 in fine), 30, du Conseil, l'adjonction des termes mentionnés à la fin du n° 35 faisait suite à cette observation.

38. Les réponses aux questions du Hoge Raad (voir n° 1 supra) résultent des considérations qui précèdent.

39. Il faudra répondre par la négative à la question A.

40. La délimitation tracée à l'article 1er, alinéa 2, LBM n'a pas entendu donner aux intéressés un droit d'option ni par exemple leur accorder la possibilité d'obtenir, à l'expiration de la protection résultant de la LBDM ou du droit d'auteur national (et sans interruption), un droit à la marque avec la protection qui s'y rattache. Le législateur Benelux a fixé à l'article 1er, alinéa 2, LBM des critères matériels autonomes qui excluent certaines formes du droit à la marque.

41. S'il fallait évoquer maintenant la question C, je proposerais d'y répondre dans les termes indiqués au n° 27 supra.

42. Quant à la question B, j'ai des hésitations pour ce qui est de la portée à donner au critère "susceptible" qui y est proposé.

43. Si l'on entend dire par là qu'il existe effectivement une possibilité d'obtenir la protection dans le cadre du système instauré par la LBDM ou par les lois nationales sur le droit d'auteur, même s'il n'en a pas (encore) été fait usage en fait, la réponse devrait être négative.

44. Toutefois, si cette notion de "susceptible" a pour objet d'indiquer que la forme donnée au produit, dans les rapports que la première doit entretenir avec le second, se trouve dans le champ couvert par la LBDM ou par les lois nationales sur le droit d'auteur, comme exposé aux n°s 29-32 supra, la même réponse qu'au n° 41 supra pourrait peut-être être donnée à la question B. Dans cette interprétation, je ne verrais cependant aucune possibilité de répondre de manière tranchée par oui ou par non.

45. Pour éviter tout malentendu et pour souligner qu'il s'agit en l'occurrence d'un critère matériel autonome, je préférerais néanmoins fournir cette réponse à la question C, après avoir entendu la question B dans le sens restreint indiqué ci-dessus.

Je conclus à ce qu'il soit répondu aux questions posées à votre Cour par le Hoge Raad dans le sens indiqué précédemment aux n°s 39-45.

La Haye, le 18 novembre 1988.