

BENELUX - GERECHTSHOF
REGENTSCHAPSSTRAAT 39
1000 BRUSSEL
TEL. 519.38.61

—
GRIFFIE

CD/VU/RH

COUR DE JUSTICE BENELUX
39, RUE DE LA RÉGENCE
1000 BRUXELLES
TEL. 519.38.61

—
GREFFE

Traduction de la pièce

A 90/4/6

BENELUX-GERECHTSHOF

Conclusions de l'avocat général suppléant M.R. Mok
en cause de :

BURBERRYS LTD

contre

1. BOSSI S.P.A.
2. CONCORDIA N.V.
3. VERENIGING FENECON
4. MACINTOSCH FALCON B.V.
5. H. BERGHAUS B.V.
6. LISACO N.V.
7. WILHELM BLICKER G.M.B.H. & CO K.G.
8. WERTHER INTERN. H.W. MEYER G.M.B.H. & CO
9. F.W. BRINKMANN G.M.B.H.
10. P & C GROEP N.V.
11. SUPERCONFEX B.V.
12. SUPERCONFEX N.V.

1. Exposé succinct de l'affaire

1.1. Par arrêt du 1^{er} mars 1990¹, la cour d'appel de La Haye a invité la Cour de Justice Benelux à répondre à un certain nombre de questions. Ces questions se sont posées dans un litige opposant les parties précitées.

1.2. Les intimées dans le litige principal - ci-après : Bossi et crts - ont assigné l'appelante dans le litige principal, Burberrys, à comparaître à bref délai devant le tribunal de La Haye. La demande avait pour objet, entre autres, de faire annuler et de faire radier les enregistrements effectués par Burberrys dans le registre Benelux des marques, de certains motifs à carreaux pour des tissus et des vêtements. Burberrys a formé quelques demandes reconventionnelles.

Le tribunal s'est dit incompétent pour connaître des actions intentées par les demanderesses ayant leur siège en Belgique (les intimées 2, 6 et 12). Pour le reste, le tribunal a admis les demandes (y compris la condamnation à payer aux intimées 4, 7 et 11 une indemnité, à fixer dans un relevé). Il a rejeté les demandes reconventionnelles de Burberrys.

Le tribunal a considéré entre autres (attendu 7.4)

"que les motifs à carreaux déposés par Burberrys affectent, au sens de l'article 1^{er}, alinéa 2, de la L.B.M., la valeur essentielle des tissus et des vêtements, pour lesquels ils ont entre autres été enregistrés."

1.3. Burberrys a interjeté appel de ce jugement auprès de la cour d'appel de La Haye. Une des intimées s'est retirée de la cause durant l'instance d'appel, avec le consentement de Burberrys².

Dans le cadre de l'examen de la cause, la cour d'appel a posé à la Cour de Justice Benelux les questions examinées ci-après.

2. Compétence des tribunaux nationaux (questions I et II)

2.1. Burberrys, la défenderesse originaire, a son siège en dehors du territoire Benelux.

Parmi les intimées encore en cause, cinq, à savoir celles désignées ci-dessus par les numéros 3, 4, 5, 10 et 11, ont leur siège aux Pays-Bas. Il est apparu que trois intimées étaient établies en

¹) IER 1990, 29

²) Nino A.G., dont le siège est à Nordhorn (RFA) ; cf. la note de plaidoirie, sous 1, du conseil de Bossi et crts devant la cour d'appel de La Haye.

Belgique. L'intimée 1 a son siège en Italie, les autres ont le leur en République fédérale d'Allemagne.

Les questions I et II ont trait à l'article 37 de la LBM. Elles posent le problème de savoir si le tribunal de La Haye est incompétent pour connaître des demandes formées par les demanderesses (intimées en appel), dont le siège est aux Pays-Bas, mais en dehors de l'arrondissement de La Haye, et par celles établies en Belgique.

2.2. Tant Burberrys que Bossi et crts souhaitent que la Cour réponde par la négative aux deux questions, par conséquent en ce sens que le tribunal de La Haye est effectivement compétent.

Cela n'est pas concluant, étant donné que l'article 37, sous B, charge les tribunaux d'appliquer d'office les règles de compétence prévues sous A.

2.3. La Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ("Convention de Bruxelles"), conclue le 27 septembre 1968 sur la base de l'article 220 du Traité CEE n'est pas d'application en l'espèce. L'article 57, alinéa 1^{er}, de cette convention dispose que celle-ci ne déroge pas aux autres conventions auxquelles les Etats contractants sont parties et qui, dans des matières particulières, règlent entre autres la compétence judiciaire³.

Sans doute a-t-il aussi été admis que la Convention de Bruxelles complète les règles de compétence de la LBM⁴, mais quoi qu'il en soit, cela est sans importance pour la présente question, car ladite Convention (ainsi qu'il résulte de son article 3) ne crée pas de compétence en fonction du lieu d'établissement du demandeur.

2.4. Selon la règle principale de l'article 37 LBM, c'est le tribunal du domicile du défendeur qui est compétent. Cette règle principale n'est pas applicable en l'espèce, étant donné que le défendeur est établi en dehors du territoire Benelux.

Le lieu où la marque a été enregistrée (c.à.d. Rijswijk ZH, donc dans le ressort du tribunal de La Haye) ne peut en soi fonder la compétence.

³) W.L. Haardt aussi l'a fait remarquer dans NJB 1974, p. 981, en réaction à l'opinion (différente) exprimée par P.J.M. Steinhauser dans NJB 1974, p. 514; voir aussi la note de Steinhauser sous l'article de Haardt, p. 982. Voir en outre sur la Convention de Bruxelles : "Rapport-Jenard", ad art. 57, pp. 125 et suiv. (reproduit également dans Burgerlijke rechtsvordering, feuil. mob., Verdragen, pp. 391 et suiv.) ; G.A.L. Droz, Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, 1973, n°s 214-217, pp. 97-98 ; J. Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 1987, pp. 353 et suiv. ; P. Vlas, Burgerlijke Rechtsvordering (feuil.mob.), Verdr. pp. 314g et suiv.

⁴) Trib. Maastricht, 23 déc. 1982, BIE 1984, 73, avec note W.L. Haardt et W.M.J.C. Phaf (qui estiment la considération concernée erronée).

Le commentaire commun des gouvernements remarque à ce sujet :

"Il a paru toutefois nécessaire de prévenir une extension trop grande de la compétence du tribunal du lieu où sera établi le Bureau Benelux des Marques."

Il est évident que cela n'empêche pas que le tribunal de La Haye puisse être compétent pour d'autres raisons. Celles-ci existent pour le demandeur originaire, désigné ci-dessus par le numéro 10, qui a son siège dans l'arrondissement de La Haye et peut, dans les circonstances données, porter la cause devant le tribunal de son domicile. De telles raisons existent également pour les demanderesses, désignées ci-dessus par les numéros 1, 7, 8 et 9, qui ont leur siège en dehors du territoire Benelux et peuvent de ce fait porter la cause devant le tribunal de leur choix, soit à Bruxelles, soit à La Haye, soit à Luxembourg.

2.5. En ce qui concerne la compétence judiciaire pour connaître des demandes de personnes établies à l'intérieur du territoire Benelux, mais en dehors de l'arrondissement de La Haye, la LBM ne contient pas de règle, ce qui a amené la cour d'appel de La Haye à poser les questions qui nous occupent.

Bossi et crts auraient pu faire en sorte, par des moyens indirects, que le tribunal obligatoirement compétent pour connaître des demandes de chacune d'elles, fût celui de La Haye. Elles auraient pu le faire, en premier lieu, en ne faisant introduire la demande que par les parties (ou certaines d'entre elles) mentionnées au dernier alinéa du § 2.4., après quoi les autres parties auraient pu intervenir conformément à l'article 37 C de la LBM. En second lieu, les autres parties auraient, après que les premières eurent introduit la demande auprès du tribunal de La Haye, pu intenter des actions pro forma devant les tribunaux de leur siège en Belgique et aux Pays-Bas, en demandant en même temps que ces tribunaux renvoient les causes (conformément à l'article 37 D) devant le tribunal de La Haye.

Les demanderesses originaires n'ayant pas utilisé les moyens indirects susvisés, mais la voie la plus courte, des motifs de bon sens et d'économie des procédures poussent à considérer aussi le tribunal de La Haye comme compétent.

2.6. Ce qui précède m'amène à proposer de répondre aux questions I et II comme suit :

Lorsqu'un certain nombre de demandeurs ont porté une action devant le tribunal qui, conformément à l'article 37, sous A, troisième phrase, LBM, est compétent pour connaître de l'action d'un ou de quelques-uns

de ces demandeurs, en raison de leur siège, ce tribunal est compétent pour connaître de l'action de tous les demandeurs.

Les questions posées ne nécessitent pas que l'on examine également les problèmes de compétence en cas de pluralité de défendeurs.

3. la notion de marque (question III)

3.1. Le problème posé par la question III est de savoir si la protection en vertu de la LBM de l'aspect d'un produit comme marque individuelle nécessite (entre autres) que la partie du public à prendre en considération conçoive cet aspect comme un signe servant à distinguer le produit de l'entreprise.

La cour, qui a posé la question, signale qu'elle n'a pu trouver avec une certitude suffisante la réponse à cette question dans l'arrêt Adidas (attendus 97/98) de la Cour de Justice Benelux⁵.

3.2. Les marques doivent, suivant l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, LBM, posséder un *pouvoir distinctif*⁶. Selon l'arrêt Adidas (attendu 98), on peut parler d'un tel pouvoir distinctif lorsque le public perçoit un signe "en tant que signe identifiant le produit concerné comme provenant d'une entreprise déterminée".

Cet arrêt ne parle pas encore d'exigence, contrairement à l'arrêt Omnisport⁷ rendu peu de temps après. Dans ce dernier, la Cour Benelux a considéré que pour l'emploi d'une marque ou d'un signe ressemblant, au sens de l'article 13 A, alinéa 1^{er}, LBM,

"il est requis que celui qui emploie cette marque ou ce signe concernant ses propres produits, le fasse de manière que le public perçoive cet emploi comme se rapportant à un produit déterminé vendu ou offert en vente et qui, par un tel emploi, se distingue des produits d'autrui".

Les considérations ci-dessus ne répondent pas complètement à la question actuellement posée. En l'espèce, la cour d'appel demande s'il est requis que le public perçoive un signe dans un sens déterminé. L'attendu cité de l'arrêt Omnisport requiert que "le public perçoive", autrement dit que le public puisse (raisonnablement) percevoir un signe dans un sens déterminé.

A mon avis, il n'est pas opportun d'aller au delà de l'arrêt Omnisport. Si la Cour de Justice Benelux le faisait, en répondant par

⁵) C.J.B. 23 déc. 1985, n° A 83/4, Jur. 1985, p. 38, NJ 1986, 258 avec note L. Wichers Hoeth, BIE 1986, 54 avec note E.A. van Nieuwenhoven Helbach.

⁶) Commentaire commun des gouvernements.

⁷) C.J.B. 7 nov. 1988, n° A 87/3, Jur. 1988, p. 90, NJ 1989, 300, avec note L. Wichers Hoeth, BIE 1989, n°58, avec note E.A. van Nieuwenhoven Helbach. Voir aussi les conclusions de Monsieur Krings, l'avocat général de l'époque, qui contiennent d'autres données.

l'affirmative à la question III, les juges du fond pourraient se trouver confrontés à une tâche impossible, c.-à-d. celle consistant à déterminer comment le public (à prendre en considération) perçoit en fait un signe.

3.3. La conception citée au paragraphe précédent se retrouve dans la doctrine. Ainsi Van Nieuwenhoven Helbach et crts⁸ écrivent que :

"Même lorsque la marque (...) ne révèle pas le fabricant, elle peut néanmoins distinguer le produit de celui-ci de ceux de ses concurrents. En figurant sur un produit, la marque permet au public de reconnaître le produit du fabricant parmi les nombreux produits d'une autre provenance, et de l'identifier comme tel."

D'autres auteurs paraissent rejoindre cette conception⁹.

3.4. Je ne m'arrêterai pas à l'exemple que la cour d'appel de La Haye a donné, dans son commentaire sur la question III, en se référant à la réaction (supposée) du public à l'aspect des voitures automobiles. Je ne vois pas sur quoi se fonde en fait cet exemple, et la comparaison ne me paraît pas pertinente non plus.

3.5. Pour le cas où la Cour de Justice Benelux jugerait une réponse explicite à la question III indispensable (elle pourrait aussi se référer simplement à des décisions antérieures, notamment à l'arrêt Omnisport), je propose la réponse suivante :

"Pour que l'aspect d'un produit puisse bénéficier d'une protection en vertu de la LBM comme marque individuelle, il est requis que le public perçoive cet aspect comme distinguant le produit des produits d'autrui."

4. La partie du public à prendre en considération (question IV)

4.1. Cette question, qui tend à déterminer l'importance que doit avoir la partie du public qui considère l'aspect comme un signe distinctif, ravive une vieille discussion.

⁸) T.J. Dorhout Mees, Nederlands handels- en faillissementsrecht, tome II par E.A. van Nieuwenhoven Helbach, avec la collaboration de J.C.R.A. Huydecoper et C.J.J.C. van Nispen, 1989, n° 937, p. 377.

⁹) Notamment A. Braun, Précis des marques de produits et de service, 1987, n° 38, pp. 35 et suiv. et W. Mak/H. Molijn, Merkenbescherming in de Benelux, 1989 (revu par M.J.M. van Kaam et H. Molijn), p. 15.

Cette discussion a mené à l'arrêt Juicy Fruit¹⁰. Dans cette affaire, le Hoge Raad avait posé au sujet d'une marque formée par un ou plusieurs mots descriptifs, entre autres, la question suivante :

"suffit-il (...) qu'une partie, aussi faible soit-elle, du public concerné considère ces mots comme descriptifs ou doit-il s'agir d'une partie non négligeable, d'une partie importante ou peut-être même prépondérante de ce public ?"

L'avocat général Berger, se ralliant à l'opinion de Callmann ("If a considerable portion of the purchasing public considers the word descriptive, then it is so")¹¹, avait soutenu que

"il s'impose qu'une partie importante du public concerné considère les mots comme descriptifs."

L'arrêt opta toutefois pour une autre solution :

"Pour déterminer l'étendue de la protection d'une marque régulièrement acquise en fonction de son pouvoir distinctif (...) il ne faut pas avoir égard exclusivement à l'ampleur de la fraction du public concerné qui considère le mot en cause comme descriptif, mais il faut tenir compte de toutes les particularités de l'espèce dans leurs rapport mutuels, de sorte qu'il n'est pas possible d'énoncer une règle fixe quant à l'importance de cette fraction du public."¹²

Cette solution est étayée par le commentaire commun des gouvernements (art. 1^{er}, 3^{ème} alinéa).

4.2. Dans la doctrine, on rencontre aussi, outre le critère de Callmann déjà cité, celui des "milieux de quelque ampleur parmi le public ordinaire"¹³.

4.3. J'incline à penser du reste que la question examinée ici n'a plus guère d'importance dans l'optique adoptée par l'arrêt Omnisport, qui considère que, pour la protection d'un aspect (ce dont il s'agit ici) comme marque individuelle, il est requis que le public perçoive cet aspect comme distinguant le produit d'autres produits. Cette considération a d'autant plus de poids lorsqu'on la conçoit comme je l'ai soutenu ci-dessus, c.-à-d. en ce sens que le public puisse (raisonnablement) percevoir un tel signe ou aspect comme distinctif.

Ce sont des facteurs individuels, tels que la faculté de perception et l'intérêt de chaque individu, qui déterminent dans quelle mesure le public

¹⁰) C.J.B. 5 oct. 1982, n° A 81/4, Jur. 1982, p. 20, NJ 1984, 71, avec note L. Wichers Hoeth.

¹¹) Rudolf Callmann, *The Law of Unfair Competition Trademarks and Monopolies*, Fourth Edition, Vol. 3, 1983 Revision by Louis Altman, Chap. 18 - Page 13. (Cette édition diffère légèrement et superficiellement de la troisième édition utilisée par Me Berger.)

¹²) C'est nous qui soulignons.

¹³) Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth, *Kort Begrip van het recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom*, 1976, p. 103. La sixième édition, 1984, p. 78, est toutefois différente et fait référence à l'arrêt Juicy Fruit. Voir aussi S. Gerbrandy dans BIE 1964, pp. 118 et suiv., en particulier la conclusion 1 à la page 124.

perçoit effectivement le signe ou l'aspect comme distinctif. Cela est toutefois étranger au caractère distinctif. Il peut en aller autrement pour les marques verbales (où la langue joue un rôle), mais il ne s'agit pas de cela en l'espèce. En faveur de l'approche retenue dans le présent paragraphe, on peut aussi trouver des arguments dans la doctrine¹⁴.

4.4. Les considérations ci-dessus m'amènent à penser que la question IV ne nécessite pas de réponse. La Cour pourrait éventuellement faire référence à l'arrêt Juicy Fruit.

5. Formes de produits et valeur essentielle (questions V et VI)

5.1.1. La question V soulève le point de savoir ce qu'il faut entendre, à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la LBM, par "formes de produits". Il s'agit de savoir si l'on peut entendre par là uniquement les formes tridimensionnelles, ou si cette notion comporte également les "dessins" bidimensionnels.

La question n'a au fond pas d'importance pour l'applicabilité du premier alinéa de l'article 1^{er}, mais bien pour celle du deuxième alinéa. Si par formes au sens de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, l'on n'entend que les formes tridimensionnelles, le motif à carreaux de Burberrys peut, comme dessin ou autre signe, être considéré de toute manière comme marque individuelle. Dans ce cas, l'exception du deuxième alinéa n'est toutefois pas applicable.

5.1.2. La question VI n'a été posée que pour le cas où la réponse à la question V impliquerait que les dessins bidimensionnels peuvent également être considérés comme formes au sens de l'article 1^{er}, de la LBM.

La question est de savoir quand il s'agit de "formes qui affectent la valeur essentielle du produit".

Cette dernière question, la Cour de Justice Benelux l'a traitée antérieurement, à savoir dans les arrêts Adidas et Superconfex/Burberrys¹⁵.

Dans son commentaire détaillé de la question VI, la cour d'appel de La Haye fait remarquer que les deux arrêts précités ne l'ont pas éclairé sur l'application de l'article 1^{er}, alinéa 2, de la LBM, en tant qu'il s'agit de la forme du produit.

¹⁴) Voir Louis van Bunnem, Aspects actuels du droit des marques dans le Marché commun, 1967, n°s 35/36, pp. 38-40 ; D.W.F. Verkade, avec la collaboration de J.H. Spoor, Bescherming van het uiterlijk van produkten, 1985, n° 131, pp. 170 et suiv. : "il est essentiel que le public puisse (c'est nous qui soulignons) considérer les produits revêtus du même signe comme provenant d'une seule (et même) entreprise".

¹⁵) C.J.B. 23 déc. 1985, (cf: supra note 5) et 14 avril 1989, n° A 87/8, Jur. 1989, p. 19, NJ 1989, 834, avec note L. Wichers Hoeth, BIE 1989, 90, avec note E.A. van Nieuwenhoven Helbach.

Il ressort toutefois des attendus 17 et suiv. de l'arrêt de renvoi qu'il ne s'agit pas tellement, ou du moins pas seulement, d'absence de clarté. Ce qu'il y a plutôt, c'est que la cour d'appel de La Haye ne partage pas les conceptions de la Cour de Justice Benelux.

Il me paraît qu'il appartient à la Cour de Justice Benelux, quand elle est sollicitée, d'apporter la clarté, là où elle fait défaut, mais non d'engager une discussion avec les juges nationaux sur les conceptions exactes dans le domaine du droit des marques (ou dans tout autre domaine de droit).

5.2.1. Les opinions des auteurs sont partagées, en ce qui concerne la question de savoir si, par "formes", l'on ne peut entendre que des objets tridimensionnels, ou si elles peuvent avoir également un caractère bidimensionnel.

Il me paraît judicieux de faire uniquement état des ouvrages qui commentent la LBM. Les autres systèmes juridiques (p. ex. le Warenzeichengesetz allemand¹⁶) font appel à d'autres notions.

Nombreux sont parmi les auteurs qui, dans la description ou la désignation de formes, se réfèrent uniquement aux objets tridimensionnels¹⁷, ceux qui considèrent cette référence comme allant de soi, ou qui ne parlent que de tels objets, laissant de côté la question de savoir si des formes "bidimensionnelles" sont également concevables. Quelques-uns, par contre, se prononcent formellement pour la limitation de la notion de forme aux objets tridimensionnels¹⁸.

Une minorité des auteurs estime que les formes ne doivent pas nécessairement être tridimensionnelles¹⁹. Pour certains auteurs, le problème reste entier²⁰.

16) Voir : Baumbach/Hefermehl, Warenzeichenrecht, 1985, § 1 n°s 57 et 59 (p. 89) et n° 66, p. 93 ; F.N. Winkel, Formalschutz dreidimensionaler Marken, 1979, pp. 1 et suiv., spécialement p. 5 et p. 175.

17) L. van Bunn, loc.cit., n° 45, p. 47 ; M. Gotzen, Van Belgisch naar Benelux merkenrecht, 1969, n° 13, pp. 25-26 ; L. Wichers Hoeth, Kort commentaar op de Benelux merkenwet, 1970, p. 42 et idem, Samenloop tussen merkenrecht en auteursrecht, dans le recueil Naar behoren (Juridisch Gezelschap Amsterdam), 1982, p. 141 ; W. Van Dijk, Merkenrecht in Beneluxverband, 1971, pp. 14-15 et idem, Merkenrecht in de Beneluxlanden, 1973, p. 34 ; A. Braun, loc.cit., n°s 75 et suiv., pp. 69 et suiv.

18) Notamment D.W.F. Verkade dans Auteursrecht/AMR, 1982, p. 141 ; voir toutefois l'opinion ultérieure de cet auteur, mentionnée dans la note 18.

19) D.W.F. Verkade avec la collaboration de J.H. Spoor, Bescherming van het uiterlijk van produkten, 1985, n° 131, pp. 170-171 ; E.A. van Nieuwenhoven Helbach (et crts) dans Dorhout Mees II, loc.cit., n°s 822 et 825, pp. 329-331 ; idem dans sa note dans BIE sous l'arrêt Superconfex/Burberrys déjà cité (cf. supra note 15) ; Mak-Molijn, loc.cit., p. 16.

20) L. Wichers Hoeth dans sa note dans la NJ sous l'arrêt Superconfex/Burberrys ; F. Henning-Bodewig (H.E. Ruijsenaars dans GRUR International, 1990, p. 826.

5.2.2. Le mot "forme" suggère, certes, en premier lieu un objet tridimensionnel, mais il n'exclut pas pour autant la bidimensionalité. Cela résulte d'ailleurs de la définition que donnent les dictionnaires du mot néerlandais "vorm" et du mot français "forme"²¹.

Il est exact que les exemples cités dans le commentaire commun (service de cristal, chocolat, flacons de parfums) sont tous tridimensionnels.

En revanche, il n'apparaît pas que par "formes", on entend exclusivement des objets tridimensionnels. C'est plutôt le contraire qui est vrai. La ratio de l'exception prévue à l'article 1^{er}, alinéa 2, est, selon le Commentaire commun, de :

"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 et modèles."

Les dessins sont en principe bidimensionnels.

5.2.3. L'exposé de motifs commun relatif à la Loi uniforme en matière de dessins ou modèles (LBDM), dans les considérations concernant l'article 1^{er}, mentionne comme exemples de produits susceptibles de tomber sous l'application de la loi : les emballages, le papier peint et les cartes illustrées.

La troisième dimension de tous ces produits est tellement peu importante que les caractères distinctifs (le dessin) n'ont pu être appliqués que sur la surface plane.

On peut difficilement refuser la protection du droit des marques à un service de cristal qui se distingue par sa forme artistique, et en faire bénéficier du papier peint qui se distingue par son dessin artistique.

Ce faisant, on porterait d'ailleurs atteinte à l'objet de l'article 1^{er}, alinéa 2, de la LBM, qui est de limiter le cumul de la protection du droit des marques et de celle du droit des dessins et modèles. On ne voit pas très bien pourquoi cette limitation devrait s'appliquer uniquement aux objets tridimensionnels.

5.2.4. Je crois qu'il y a lieu de conclure que l'exception prévue à l'article 1^{er}, alinéa 2, de la LBM n'est pas limitée aux formes tridimensionnelles.

Dans la très grande majorité des cas, il s'agira sans doute de tels objets, mais cela n'enlève rien à la conclusion.

²¹) Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, 1984, p. 3303 col.dr. (e.a.) : "uiterlijke gedaanten van concrete zaken". Robert, Dictionnaire de la langue française, 1977, p. 808 col.dr. (e.a.) : "apparence", "dessin" (nouvelle édition 1989 : idem).

5.3.1. La conclusion formulé au § 5.2.4. implique la nécessité d'examiner également la question VI.

5.3.2. Si l'on garde à l'esprit la ratio précitée de l'article 1^{er}, alinéa 2, LBM, la formulation des arrêts antérieurs est moins obscure que ne le suppose l'arrêt de renvoi.

Pour pouvoir bénéficier d'une protection en vertu de la LBDM, un objet doit avoir une valeur artistique et présenter quelque utilité pratique. La valeur artistique peut faire que, aux yeux du public l'aspect et la forme, par leur beauté ou leur caractère original, déterminent fortement la valeur marchande du produit.

Si la beauté est une question de goût, et donc sujette aux modes, et que le caractère original ne coïncide pas avec le pouvoir distinctif, on ne peut pas pour autant taxer d'obscur la formulation des arrêts antérieurs, et notamment celle de l'arrêt Superconfex/Burberrys.

Il me semble qu'en parlant de la beauté ou du caractère original de l'aspect et de la forme, la Cour de Justice Benelux a voulu désigner la notion de "valeur artistique" mentionnée dans le commentaire commun de la LBDM.

En parlant de valeur marchande, la Cour visait la valeur qu'un produit retire du fait qu'il est (à un moment donné) considéré par le public comme beau ou original (ce qui déterminera fortement la demande). Un marché comporte toujours un facteur temps. Lorsque les conceptions esthétiques du public se modifient, la valeur marchande en subit l'effet.

J'aimerais, quant à moi, préconiser, par souci de clarté, de ne plus parler de "beauté ou caractère original", mais plutôt - en conformité avec le commentaire de la LBDM - de valeur artistique.

5.3.4. Il est théoriquement concevable qu'un motif à carreaux sur un tissu éveille les sentiments esthétiques du public à tel point que la valeur marchande des tissus revêtus de ce motif en est fortement affectée. En ce qui concerne les motifs à carreaux Burberrys, une telle constatation n'a en somme pas été faite dans la présente affaire, pas plus d'ailleurs que dans l'affaire Superconfex/Burberrys.

Si pareil motif est appliqué sur la doublure d'un tissu (étant donc normalement invisible), on peut considérer sans inconvénient comme exclu que le motif ait une valeur artistique. Si, en pareil cas, le motif contribue à la valeur du tissu, cela résulte du fait qu'il permet de reconnaître celui-ci comme

provenant d'une entreprise déterminée, dont le public apprécie les produits, mais pour d'autres raisons que des raisons artistiques (e.a. des raisons économiques, telles que la qualité présumée, le snob-appeal).

Le fait qu'il y ait aussi sur le marché des produits où le motif est appliqué sur la face externe, étant donc normalement visible, n'enlève rien à cette conclusion. Si le motif déterminait fortement la valeur marchande par sa valeur artistique, il ne serait appliqué sur aucun produit de telle manière qu'il ne fût normalement pas visible.

On peut d'ailleurs imaginer des milliers de motifs à carreaux. Les différences résident dans le dessin (largeur des lignes et distance entre elles) et dans les couleurs choisies. Il est invraisemblable que l'un de ces motifs se distingue par sa valeur artistique.

Il appartient du reste au juge du fond national d'en juger.

5.3.5. Sur les points indiqués, la formulation de l'attendu 16 de l'arrêt Superconfex/Burberrys pourrait être clarifiée, mais j'aimerais m'en tenir, dans les grandes lignes, à la formulation d'alors.

Celle-ci pourrait être légèrement retouchée, notamment parce qu'en l'espèce, les questions sont formulées autrement que dans la précédente affaire.

5.4. Ce qui précède m'amène à proposer la réponse suivante aux questions V et VI :

Le fait que la forme distinctive d'un produit, laquelle peut être bi- ou tridimensionnelle, affecte la valeur essentielle du produit, n'empêche de la considérer comme une marque que si le produit est de nature telle que son aspect et sa forme, par leur valeur artistique, déterminent fortement la valeur marchande du produit, avec cette réserve qu'il faut écarter l'influence sur la valeur marchande qui ne s'expliquerait pas par l'attrait esthétique de la forme.

6. Je conclus à ce qu'il soit répondu aux questions posées dans le sens indiqué ci-dessus sous les points 2.6., 3.5., 4.4. et 5.4.

La Haye, le 21 mai 1991,