

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. D. RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 3 avril 2003¹

1. Loin de se tenir dans les coulisses, l'interprétation de l'article 2 de la première directive 89/104/CEE sur les marques² et la détermination des signes pouvant faire l'objet de ce mode de propriété industrielle occupent le devant de la scène juridictionnelle.

2. La Cour s'est récemment prononcée sur la possibilité d'enregistrer des odeurs comme marques³ et le fera bientôt à propos des couleurs en tant que telles, sans forme ni contour⁴. Il s'agit en l'espèce d'élucider ce même problème pour les sons.

3. Le Hoge Raad der Nederlanden (Pays-Bas) s'interroge sur le point de savoir si les sensations sonores remplissent les conditions qu'exige la disposition mentionnée pour qu'un signe soit considéré comme une

marque et, en cas de réponse affirmative, sur la forme dans laquelle il convient d'effectuer l'enregistrement.

I — Les faits et la procédure au principal

4. Shield Mark BV (ci-après «Shield Mark») est titulaire de quatorze marques, enregistrées au bureau Benelux des marques (Benelux-Merkenbureau). Onze ont pour motif les premières mesures de l'étude pour piano «Pour Élise»⁵, composée par Ludwig van Beethoven⁶, et trois le chant d'un coq.

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Première directive du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1; ci-après la «directive»).

3 — Arrêt du 12 décembre 2002, Sieckmann (C-273/00, Rec. p. I-11737); les conclusions dans cette affaire ont été présentées le 6 novembre 2001.

4 — Arrêt du 6 mai 2003, Libertel Groep, (C-104/01, Rec. p. I-3793); affaire dans laquelle l'avocat général Léger a présenté ses conclusions le 12 novembre 2002.

5 — Bagatelle en la mineur (WoO 59).

6 — Le compositeur a lui-même sous-titré la pièce «Souvenirs du 27 avril 1808», jour où il fut invité à une réception à laquelle se trouvaient des enfants d'âges différents. Une belle petite fille, qui se prénomait Élise, attira beaucoup son attention; une fois informée de l'identité du visiteur, elle s'approcha de lui pour lui dire qu'elle-même était une artiste puisqu'elle savait jouer du piano. Avant de prendre congé, Beethoven la pria de lui montrer ses talents, et Élise interpréta des œuvres de divers compositeurs; mais quand il lui proposa de jouer l'une de ses sonates, l'enfant, attristée, lui répondit qu'elle en était incapable, celles-ci étant trop difficiles à exécuter. Le maître lui promit de composer une pièce très facile, qu'elle pourrait jouer au piano (commentaire de K. Groenewolf, cité dans la revue «Angulos», juin 1994, p. 29). D'autres critiques, tels que A. Reverter (*Beethoven*, Ed. Peninsula, Barcelone, 1998, 2^e éd., p. 115), estiment que la bagatelle fut composée en 1810 et intégrée dans un cahier de pièces diverses sous le titre non d'Élise mais de Teresa Malfatti, l'un des amours impossibles du musicien de Bonn. Le changement de titre serait dû à une erreur non expliquée de l'éditeur Noht, qui la publia en 1867. Dans le même sens, voir W. Kinderman, *Beethoven*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1995, p. 146).

5. Dans le premier groupe, l'inscription de quatre marques⁷ représente une portée comportant les neuf premières notes de l'œuvre mentionnée. Les troisième et quatrième marques sont assorties de la mention suivante «marque sonore. La marque consiste dans la représentation de la mélodie formée par les notes transcrites (graphiquement) sur la portée». Pour la première de ces deux dernières marques, il est précisé que la mélodie est «jouée au piano».

6. Deux autres marques⁸ sont verbales et leur enregistrement les décrit dans les termes suivants: «consiste dans les neuf premières notes de 'Pour Élise'». Outre ces deux dernières marques, on en trouve deux autres⁹ qui présentent la même description, mais qui ont été déposées comme marques sonores: «la marque consiste dans la reproduction de la mélodie formée par les notes décrites»; il est précisé, pour la première, que ces notes sont «jouées au piano».

7. Il existe un troisième groupe de trois marques¹⁰ assorties de la description «mi, ré dièse, mi, ré dièse, mi, si, ré, do, la». Toutefois, si la première est verbale, les

deux autres sont sonores, consistant dans la reproduction, au piano, de la mélodie formée par la succession des notes ci-dessus, ainsi qu'il est précisé dans la deuxième.

8. S'agissant des trois indications restantes, deux¹¹ consistent dans la dénomination «Kukelekuuuuu»¹², dont l'une est assortie de la mention suivante: «marque sonore, constituée par une onomatopée imitant le chant d'un coq». La dernière¹³ également présentée comme «le chant d'un coq», est une marque acoustique qui «consiste dans le chant tel que décrit».

9. En octobre 1992, Shield Mark a lancé une campagne publicitaire à la radio, fondée sur des messages commençant par un indicatif musical (jingle) reprenant les neuf premières notes de «Pour Élise». À partir de février de l'année suivante, Shield Mark a fait paraître un bulletin d'information sur ses activités, vendu sur des présentoirs placés sur les comptoirs de librairies et de kiosques à journaux. À chaque fois qu'on retire un bulletin d'un présentoir, la mélodie indiquée se fait entendre.

7 — Celles identifiées par les numéros 517166, 835113, 931683 et 931688, dont l'objet est de distinguer les produits et services des classes 35 et 41, pour la première, 9 et 16 pour la deuxième, 16, 41 et 42, pour la troisième et la quatrième, de la classification internationale des produits et services.

8 — Celles portant les numéros 535083 et 835115. La première représente des services des classes 35 et 41, tandis que la seconde distingue des produits des classes 9 et 16.

9 — Il s'agit des marques portant les numéros 931687 et 931689, qui concernent toutes deux les classes 16, 41 et 42.

10 — Portant les numéros 839419 (classes 9, 16, 35 et 41), 931684 (classes 16, 41 et 42) et 931686 (classes 16, 41 et 42).

11 — Celles enregistrées sous les numéros 835114 (classes 9, 16, 35 et 41) et 931685 (classes 9, 41 et 42).

12 — L'onomatopée du chant du coq dans les différentes langues officielles de l'Union s'exprime comme suit: *kikeriki* en allemand; *kikeli-ki*, en danois; *quiquiriqui*, en espagnol; *kukkokiekuu*, en finnois; *cocorico*, en français; *kokoriko*, en grec; *cock-a-doodle-doo*, en anglais; *chichirichi*, en italien; *kukeleku*, en néerlandais; *cocorocócó*, en portugais; et *kukeliku*, en suédois.

13 — Numéro 931682, pour des produits de la classe 9 et des services des classes 41 et 42.

10. Shield Mark a également développé un programme informatique destiné aux juristes et aux spécialistes en marketing, par lequel elle leur fournit des informations concernant le choix d'une marque et les possibilités de protéger celle-ci. Au moment du démarrage de la disquette, l'ordinateur fait entendre le chant strident d'un coq.

juridiction a rejeté le recours dans la mesure où il concernait le droit des marques et accueilli les prétentions fondées sur le comportement déloyal du défendeur.

II — Les questions préjudicielles

11. M. Kist, qui exerce une activité commerciale sous le nom de «Memex», possède une agence de conseil juridique spécialisée en droit de la publicité, en droit des marques, en droit d'auteur et, de manière générale, en communication dans le domaine commercial. Il organise également des séminaires et édite un bulletin d'information sur ces questions. Le 1^{er} janvier 1995, M. Kist a commencé une campagne publicitaire en utilisant les mêmes signes sonores et les mêmes techniques de communications que Shield Mark¹⁴.

13. Shield Mark a formé un pourvoi en cassation devant le Hoge Raad der Nederlanden, qui a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour, à titre préjudiciel, des questions suivantes concernant l'interprétation de l'article 2 de la directive:

«1) a) L'article 2 de la directive doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que des sons ou des bruits puissent être considérés comme des marques?

12. Cette société a formé un recours contre M. Kist devant le Gerechtshof te 's-Gravenhage (la cour d'appel de La Haye) (Pays-Bas), en demandant qu'il soit fait interdiction à celui-ci, sous peine d'astreintes, d'utiliser au Benelux les marques dont elle est titulaire, en relation avec les produits et services pour lesquels elles ont été enregistrées. Dans un arrêt du 27 mai 1999, cette

b) Au cas où la réponse à la première question sous a), serait négative: le régime créé par la directive implique-t-il que les sons ou les bruits doivent pouvoir être considérés comme des marques?

14 — Les neuf premières notes de «Pour Élise» se font entendre sur son central téléphonique et chaque fois qu'un bulletin d'information est retiré d'un des présentoirs placés dans des librairies et kiosques à journaux. Il offre également un programme informatique qui, au moment de démarrer, fait entendre le chant d'un coq.

2) a) Au cas où la réponse à la première question, sous a), serait négative:

sous quelles conditions la directive considère-t-elle qu'une marque sonore est susceptible d'une représentation graphique, au sens de son article 2, et, à cet égard, comment le dépôt d'une telle marque doit-il être effectué?

— un enregistrement digital susceptible d'être écouté sur le réseau Internet;

— une combinaison de ces méthodes;

b) En particulier, serait-il satisfait aux exigences de la directive visées au point a) si le son ou le bruit était déposé sous l'une des formes suivantes:

— une autre forme et, le cas échéant, laquelle?»

— des notes de musique;

— une description écrite sous la forme d'une onomatopée;

III — Examen des questions préjudicielles

A — *Les sons comme marques*

— une description écrite sous une autre forme;

— une représentation graphique telle qu'un sonagramme;

— un support sonore joint au formulaire de dépôt;

14. Les sons «peuvent»-ils voire «doivent»-ils être enregistrables comme marques? Ce sont les questions que pose le Hoge Raad der Nederlanden dans sa première question préjudicielle, sous a) et b), qui se réfèrent à l'article 2 de la directive, en vertu duquel 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».

15. Le concept juridique de marque se compose donc de deux éléments: aptitude à différencier et possibilité de faire l'objet d'une représentation graphique. Pour pouvoir être utilisé comme marque, un signe doit satisfaire à ces deux critères.

16. Dans les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Sieckmann, précitée, j'ai expliqué que l'être humain percevait et reconnaissait également les messages, c'est-à-dire communiquait, au moyen de sens distincts de celui de la vue¹⁵, et qu'en conséquence ceux-ci pouvaient être utilisés dans une marque¹⁶, puisqu'ils avaient «un caractère distinctif potentiel»¹⁷.

17. Il est vrai que, dans l'affaire mentionnée ci-dessus, il s'agissait de marques olfactives, mais les considérations que j'ai exposées au sujet des odeurs sont applicables aux messages perçus par l'ouïe. C'est également ainsi que l'a compris la Cour dans son arrêt Sieckmann, précité, en affirmant que des signes qui ne se perçoivent pas visuellement peuvent constituer une marque en vertu de l'article 2 de la directive¹⁸.

La capacité identificatrice des sons et, en particulier, de la musique, découle de leur intensité évocatrice, qui les convertit dans un langage spécifique. Marcel Proust a su l'exprimer dans un passage décisif de *À la recherche du temps perdu*, où le narrateur se demande «si la musique [n'est] pas l'exemple unique de ce qu'aurait pu être — s'il n'y avait pas eu l'invention du langage, la formation des mots, l'analyse des idées — la communication des âmes. Elle est comme une possibilité qui n'a pas eu de suites, l'humanité s'est engagée dans une autre voie, celle du langage parlé et écrit»¹⁹. Cette idée s'appuie sur la philosophie de Schopenhauer, exposée dans son ouvrage *Le monde comme volonté et comme représentation*, dans laquelle il assigne à la musique la même fonction révélatrice et transcendante que celle que lui attribuera par la suite l'œuvre proustienne, en évitant les explications poétiques et en accordant une même attention au temps²⁰.

En somme, Proust a paraphrasé sur un mode littéraire le texte de Schopenhauer, notamment quant à ce pouvoir qu'a la musique d'interpréter l'essence intime des choses²¹, puisque le roman s'appuie sur une esthétique métaphysique dont il traduit le contenu abstrait et théorique en attitudes vécues, en actions, en sentiments, qui constituent la substance d'une œuvre artistique²², et compte tenu, surtout, de ce que la musique imite la vie et préfigure le travail

15 — W. Benzov, *Beethoven's Anvil, Music in Mind and Culture*, Ed. Basic Books, New York, 2001, p. XI et suiv., réalise une étude fascinante autour de l'idée selon laquelle la musique relie l'être humain au monde social.

16 — Voir points 21 et suiv.

17 — Voir point 28 des conclusions que j'ai présentées le 24 octobre 2002 dans les affaires C-53/01 à C-55/01, Linde e.a., sur lesquelles la Cour n'a pas encore statué.

18 — Voir point 42 de l'arrêt et point 1 du dispositif.

19 — M. Proust, *À la recherche du temps perdu, La prisonnière*, Ed. Gallimard, La Pléiade, Paris, 1988, Tome III, p. 762 et 763.

20 — A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et comme représentation*, Ed. P.U.F., traduction de A. Burdeau (1888), revue et corrigée par R. Roos, Paris, 1966, p. 340.

21 — A. Henry, *Marcel Proust. Théories pour une esthétique*, Ed. Klincksieck, Paris, 1981, p. 303.

22 — J.J. Nattiez, *Proust musicien*, Ed. Christian Bourgois, Paris, 1975, p. 162.

que doit entreprendre le romancier pour rassembler les lambeaux en un tout unique et organisé, car elle fonctionne comme la mémoire involontaire: la réapparition d'une mélodie déjà écoutée rappelle la première audition, comme les dalles inégales, chez Proust, font resurgir dans l'esprit du narrateur l'épisode de la madeleine²³.

18. Les messages auditifs ayant ainsi la capacité de distinguer ils peuvent en principe être des marques²⁴. Les doutes du Hoge Raad der Nederlanden vont toutefois plus loin et, une fois admis que la disposition citée envisage des signes distinctifs non visuels, bien que sans les citer expressément²⁵, il pose la question de savoir si les États membres sont libres d'exclure les sons des indications aptes à constituer cette catégorie de propriété.

23 — J.J. Nattiez, op. cit., p. 121.

24 — Dans leurs observations écrites, les gouvernements français et néerlandais, ainsi que Shield Mark, ont rappelé que le Conseil de l'Union européenne et la Commission des Communautés européennes avaient admis, dans les déclarations conjointes faites à l'occasion de l'adoption de la directive (déclaration 9142/88) et du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1) (déclaration 5865/88), que les sons étaient propres à constituer cette forme de propriété intellectuelle. La demanderesse au principal signale également que, dans les débats du Parlement européen qui se sont tenus lors de la séance du 24 octobre 1988, il a été affirmé que le règlement susdit ne s'opposait pas à ce que les messages acoustiques constituent des marques.

25 — En réalité, elle mentionne bien les messages sonores. En visant «les mots», elle se réfère à un son susceptible de représentation graphique. Le «mot» est avant tout une communication orale. Ce n'est pas en vain que la première acception en espagnol de ce signifiant est «son ou ensemble de sons articulés qui expriment une idée» (*Diccionario de la Real Academia de la Lengua*). En français, «mot» veut d'abord dire «chacun des sons ou groupe de sons correspondant à un sens, entre lesquels se distribue le langage» (*Le Petit Robert*). Il a le même sens en anglais, où «word» signifie «a sound or combination of sounds forming a meaningful element of speech» (*The Concise Oxford Dictionary*). En allemand, «Wort» a pour signification «kleinste selbstständige sprachliche Einheit von Lautung und Inhalt beziehungsweise Bedeutung» (*Duden, Deutsches Universal Wörterbuch*).

19. La réponse doit être négative. La directive est une norme d'harmonisation et vise au rapprochement des législations des États membres dans ce domaine, en vue de supprimer les disparités qui entravent la libre circulation des produits et la libre prestation des services ou qui faussent les conditions de concurrence dans le marché commun²⁶. S'il est certain que le rapprochement visé n'est pas total, puisqu'il ne concerne que les aspects relatifs aux marques acquises par l'enregistrement²⁷, il n'en demeure pas moins que le catalogue des signes susceptibles de constituer une marque relève des matières devant faire l'objet du rapprochement²⁸.

20. Le marché unique, sans barrières pour la libre circulation des marchandises et la libre prestation de services, exige que la protection dont bénéficie une marque dans un État membre soit égale à celle qui lui est offerte dans un autre État membre, objectif imposant qu'un même signe puisse être considéré et protégé comme tel sur tout le territoire de l'Union. En définitive, comme le signale le gouvernement français dans ses observations écrites, il ne saurait exister de différences d'un État membre à l'autre sur la nature des indications propres à distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.

26 — Voir premier et troisième considérants.

27 — Voir quatrième et cinquième considérants de la directive.

28 — «[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; qu'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; [...]» (septième considérant de la directive).

21. Dans la mesure où la directive n'a pas exclu les sons, aucun État membre ne peut en interdire l'enregistrement comme marque, sous réserve, bien entendu, que les conditions requises soient satisfaites, à savoir qu'un tel message soit propre à distinguer et susceptible de représentation graphique.

22. Les ordres juridiques de nombreux États membres mentionnent expressément les sons parmi les signes susceptibles de constituer une marque ou d'en faire partie. C'est le cas de la République fédérale d'Allemagne²⁹, de la république d'Autriche³⁰, du royaume d'Espagne³¹, de la République française³², de la République hellénique³³, de la République italienne³⁴ et de la République portugaise³⁵. D'autres systèmes, comme la directive, n'en font pas mention. Il s'agit des trois États formant l'Union économique Benelux³⁶, du

royaume de Danemark³⁷, de la république de Finlande³⁸, de l'Irlande³⁹, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord⁴⁰ et du royaume de Suède⁴¹. Mais aucun système ne les exclut expressément; de surcroît, tous ces textes législatifs utilisent, à l'instar de l'article 2 de la directive, des formules indiquant que l'énumération qu'ils comportent est ouverte et incomplète.

23. Pour certaines des législations qui ne mentionnent pas nommément les sons, la pratique administrative s'est chargée, en admettant leur enregistrement, de démentir ceux qui soutenaient que les signes sonores ne pouvaient faire l'objet de ce mode de propriété industrielle⁴².

24. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre à la première des questions préjudicielles formulées par le Hoge Raad der Nederlanden que non seulement l'article 2 de la directive ne s'oppose pas à ce que les signes sonores soient des marques mais encore qu'il interdit aux ordres juridiques nationaux de les exclure a priori de ce statut.

29 — Article 3, paragraphe 1, du Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (loi allemande sur la protection des marques et autres signes), du 25 octobre 1994 (BGBl., I, 1994, p. 3082).

30 — Article 16, paragraphe 2, du Markenschutzgesetz (loi relative à la protection des marques) de 1970 (BGBl. 260/1970), tel que modifié (BGBl. I 111/1999 et BGBl. I 191/1999).

31 — Article 4, paragraphe 4, sous b), de la loi 17/2001 sur les marques, du 7 décembre 2001 (BOE du 8 décembre 2001, p. 45579).

32 — Article 711-1 b) du code de la propriété intellectuelle, tel que modifié par la loi du 4 janvier 1991.

33 — Article 2, paragraphe 2, de la loi 2239/1994 (FEK A' 152).

34 — Article 16 du Testo delle disposizioni legislative in materia di marchi registrati (loi sur les marques), adoptée par Real Decreto 929, du 21 juin 1942 (GURI n° 203, du 29 août 1942), tel que modifié.

35 — Article 165 du Código da Propriedade Industrial.

36 — Article 1^{er} de la loi uniforme Benelux sur les marques (*Nederlands Traktatenblad* 1962, n° 58, p. 11 à 39), telle que modifiée par le protocole du 2 décembre 1992 (*Nederlands Traktatenblad* 1993, n° 12, p. 1 à 12), avec effet au 1^{er} janvier 1996.

37 — Article 2, paragraphe 1, du Varemaerkeloven (loi 162 sur les marques, du 21 février 1997).

38 — Article 1^{er}, paragraphe 2, de la loi sur les marques [*Tavaramerkkilaki* (7/1964)].

39 — Section 6(2) de la Trade Marks Act 1996.

40 — Article 1^{er} (1) de la Trade Marks Act 1994.

41 — Article 1^{er} de la Varumärkeslagen [(1960:644)] (loi sur les marques de fabrique et de commerce).

42 — Le Trade Marks Registrar du Royaume-Uni a admis l'inscription des marques sonores musicales 2030045 (jingle de Direct Line) et 2013717 (jingle de Mr. Sheen). À la fin de l'année 2002, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) avait enregistré neuf marques sonores.

B — *La représentation graphique des messages sonores*

25. Ainsi que je l'ai souligné, la capacité de distinguer qu'ont les signes sonores est une condition nécessaire mais non suffisante pour les admettre comme marques. Ils doivent en outre, selon l'article 2 de la directive, être susceptibles de représentation graphique, condition qu'exige également la majorité des ordres juridiques des États membres⁴³.

1) La finalité de la règle et les qualités de la représentation

26. Cette exigence n'est pas négligeable et trouve sa raison d'être dans le système d'enregistrement sur lequel se fonde la directive⁴⁴, système dans lequel les droits exclusifs que confère la propriété d'une marque s'acquiert par voie d'inscription au registre⁴⁵. «Si une entreprise s'approprie certains signaux et indications déterminés, afin de distinguer ses produits et ses services

de ceux des autres, il convient de connaître avec une précision détaillée les symboles qu'elle fait siens afin que les autres sachent à quoi s'en tenir»⁴⁶.

27. Le principe de sécurité juridique l'impose⁴⁷. Les autorités chargées de l'enregistrement, les autres opérateurs économiques et les consommateurs en général doivent avoir la possibilité de connaître avec exactitude l'objet auquel est conférée la protection, et ce afin de permettre aux premiers de s'acquitter convenablement de leurs responsabilités, aux deuxièmes d'exercer leurs droits sans empiéter sur ceux du titulaire de la marque, et aux troisièmes de sélectionner les produits et les services en fonction de leur origine dans un régime de concurrence ouverte⁴⁸.

28. En conséquence, «les signes qui constituent une marque sont représentés graphiquement afin de protéger et de donner une certaine publicité à leur appropriation par une entreprise qui les a fait siens, dans le but d'individualiser ses produits ainsi que les services qu'elle fournit»⁴⁹.

43 — Voir note 50 des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Sieckmann, précité. Le projet de loi espagnole sur les marques, auquel je faisais référence dans cette note, est aujourd'hui la loi 17/2001, déjà citée.

44 — Voir le quatrième considérant et article 1^{er}.

45 — Voir article 5 de la directive. Le sixième considérant du règlement 40/94 exprime cette idée avec clarté: «le droit sur la marque communautaire ne peut s'acquérir que par l'enregistrement». Pour sa part, dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Libertel Grøep, précitée, l'avocat général Léger a affirmé que «c'est à partir de la représentation graphique du signe figurant dans la demande d'enregistrement que s'effectue l'examen de l'ensemble des conditions relatives à l'acquisition des droits sur la marque et que sont déterminés les droits et les obligations conférés par l'enregistrement de celle-ci» (point 65).

46 — Voir point 36 des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Sieckmann, précitée.

47 — Voir points 36 des conclusions et 37 de l'arrêt rendu dans l'affaire Sieckmann, précitée.

48 — Voir points 48 et suiv. de l'arrêt Sieckmann, précité.

49 — Voir point 38 in fine des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Sieckmann, précitée.

29. Toute figuration perceptible par la vue ne permet pas d'atteindre cet objectif, puisque la représentation doit être «claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective»⁵⁰. Facilement accessible et intelligible pour que l'ensemble des intéressés que sont les autres producteurs et les consommateurs puissent l'identifier en consultant le registre. Claire, précise et complète pour que l'indication monopolisée soit connue sans aucun doute. Durable et objective pour que ni le passage du temps ni le changement de destinataire n'affecte l'identification ou la perception du signe.

30. Étant entendu que les indications constituant une marque ne doivent pas nécessairement être visuelles, ainsi que je l'ai souligné, ces qualités de la représentation doivent s'accorder à la nature particulière de ces indications, de façon à ce que celles-ci soient identifiées avec exactitude.

2) Les différentes formes de représentation graphique des sons

31. Il me faut donc, s'agissant des signes perçus par l'ouïe, me poser les mêmes questions que dans les conclusions dans l'affaire Sieckmann, précitée, au sujet des messages olfactifs: peut-on «dessiner» un son? Un signal auditif peut-il être représenté graphiquement avec précision et clarté pour tous?

32. La réponse doit être plus nuancée que dans le cas des odeurs, pour lequel j'avais affirmé que cette catégorie de signes n'était pas susceptible d'être représentée graphiquement de la manière exigée à l'article 2 de la directive⁵¹.

33. La réponse ne doit pas être aussi catégorique en ce qui concerne les sons. En premier lieu, comme je l'ai déjà indiqué⁵², le langage oral n'est autre qu'une communication sonore, et l'écriture constitue sa représentation graphique. Dans l'abstrait, il est indéniable que les sons peuvent être reproduits par écrit.

34. C'est aux organes juridictionnels des États membres qu'il appartient, dans chaque cas, de déterminer si le «dessin» d'un signe acoustique concret satisfait aux objectifs que poursuit le législateur communautaire en posant l'exigence de la représentation graphique. C'est là également l'opinion de Shield Mark, des gouvernements néerlandais et italien, ainsi que de la Commission. La demande du Hoge Raad der Nederlanden, visant à ce que, sans lien avec les faits du litige⁵³ et sous une forme abstraite, la Cour se prononce sur différentes formes de représentation d'un son, méconnaît la nature de la procédure préjudicielle, qui a pour objet de fournir une réponse utile pour la décision du litige.

51 — Sur les difficultés de représentation graphique des marques olfactives, voir points 39 et suiv. des conclusions dans l'affaire Sieckmann, précitée.

52 — Voir note 25.

53 — Rappelons que certaines marques de la procédure au principal sont des signes sonores représentés par une notation musicale ou par une description, au moyen soit d'une succession de notes soit d'une onomatopée.

50 — Point 55 de l'arrêt Sieckmann, précité.

En outre, la nature même de cette procédure et l'absence d'expertises permettraient difficilement de se prononcer sur des questions d'un haut niveau technique.

35. Aussi la Cour doit-elle garder le silence sur l'aptitude des sonagrammes et des spectrogrammes à remplir cette exigence, ainsi que de certains enregistrements sonores et digitaux, qui n'ont à rien à voir avec les signes distinctifs que Shield Mark fait valoir dans l'affaire au principal à l'encontre de M. Kist.

36. Rien n'empêche, comme l'indique la Commission, que la Cour, sans s'immiscer sur le terrain des faits et aux fins de l'interprétation sollicitée, fournisse des règles générales sur les formes d'expression graphique proposées par le Hoge Raad der Nederlanden dans la seconde de ses questions, qui concernent les marques invoquées dans le litige dont celui-ci est saisi et pour la solution duquel il a posé cette question préjudicielle: la représentation au moyen de notes de musiques et les descriptions utilisant le langage écrit.

37. En ce qui concerne l'aptitude à la concrétisation graphique, il convient, dans l'univers des messages qui se perçoivent avec l'ouïe, de distinguer deux catégories: celle regroupant les sons pouvant être exprimés au moyen de notes de musique et celle qui intégrerait tous les autres.

a) La notation musicale

38. Les notes de musique sont les signes avec lesquels on représente les sons. Toutefois, leur succession, sans autre précision, n'identifie pas une mélodie en la différenciant des autres. La répétition par écrit du nom des neuf premières notes de «Pour Élise» ne veut rien dire. Elle ne singularise pas le son avec la clarté et la précision que requiert l'exigence de la représentation graphique.

39. Pour réaliser cet objectif, il est nécessaire de traduire les sons par leur notation musicale, de manière à ce qu'ils soient parfaitement reconnaissables, sans laisser place au doute. Avec ce langage universel, le schéma diffusé, que constitue la succession des notes, appelées par leur nom, apparaît clair, assorti de contours précis pour l'identifier, en le distinguant d'autres. Les notes écrites sur la partition, accompagnées de la clé déterminant l'intonation, de la mesure qui fixe le rythme et la valeur relative de chaque note, ainsi que de la mention des instruments servant à les interpréter, sont une «photographie» fidèle de la succession de sons qui sont représentés; si l'on m'autorise la formule, elles constituent leur «empreinte digitale».

40. Cette forme de représentation des sons remplit les exigences indiquées par la Cour dans son arrêt Sieckmann, précité. Elle est claire, précise, complète, durable, objective et facilement accessible. Il est vrai qu'elle n'est pas intelligible pour tous, mais rien ne

justifie d'exiger que la perception soit immédiate. Compte tenu de la raison d'être de l'exigence, il suffit que, au moyen d'instruments d'interprétation, d'exécution ou de reproduction objectifs et fiables, les destinataires de l'inscription au registre aient une connaissance exacte du signe distinctif que monopolise le titulaire.

41. Le solfège, qui est la technique permettant de déchiffrer correctement les textes musicaux, n'est pas maîtrisé par l'ensemble des destinataires du signe, mais il permet aux profanes, lorsque la partition est lue par une personne versée dans cet art, de discerner le signe sonore sans risque de confusion sur son identité⁵⁴.

b) Les descriptions des sons

42. Ainsi un son doit-il être susceptible de représentation graphique pour être enregistré comme marque; «décrire» n'équivaut pas à «représenter», terme qui évoque l'idée de «reproduction».

54 — Shield Mark indique que la circonstance qu'une partition ne puisse être comprise par un profane en musique ne saurait constituer un obstacle à l'admission de cette forme de représentation graphique des sons. Il signale que les marques verbales sont opposables aux illettrés et que celles constituées par des couleurs le sont aux daltoniens (voir point 39 de ses observations écrites).

43. Toute description d'un son souffre d'imprécision, manque de clarté et de précision⁵⁵. J'ai déjà signalé que, en ce qui concerne les notes musicales, affirmer que la marque se compose d'une succession déterminée (par exemple, «mi, ré dièse, mi, ré dièse, mi, si, ré, do, la») ne veut rien dire.

44. Le terrain se fait encore plus mouvant si la description constitue une onomatopée. Le litige au principal en offre une illustration. Dans les langues de l'Union européenne, la reproduction écrite des sons qui imitent le chant d'un coq est réellement variée et diverse⁵⁶. Un citoyen britannique, espagnol, portugais ou italien moyen peut difficilement savoir que *kukeleku* représente le chant d'un coq. Il est néanmoins possible qu'il y ait des cas dans lesquels cette forme de représentation graphique soit suffisamment expressive et satisfasse la finalité de l'exigence. C'est aux juges nationaux d'apprécier ce point dans chaque cas⁵⁷.

45. Tout comme celle d'une odeur et, en général, celle des signes non figuratifs, la description d'un son par écrit est empreinte de subjectivité et de relativité, caractéristique qui s'oppose à la précision et à la clarté⁵⁸.

55 — Dans e-filing, le système d'enregistrement en ligne de marques communautaires, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) indique qu'il n'admet pas la représentation graphique d'une marque sonore au moyen d'une description.

56 — Voir note 12.

57 — Dans une décision du 7 octobre 1998 (affaire R-1/1998-2), l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) a refusé d'inscrire une marque sonore consistant dans un dé clic.

58 — Voir point 41 de mes conclusions dans l'affaire Sieckmann, précitée.

46. Je ne parviens pas à voir d'autres façons de décrire verbalement un signe sonore ou une succession de sons, sauf, dans l'hypothèse où il s'agit d'une composition musicale, à faire référence à son titre, au compositeur ou à tout autre élément permettant son identification. Cette «représentation graphique» implique toutefois, comme le souligne le gouvernement du Royaume-Uni dans ses observations écrites, une certaine familiarité avec le signe, une connaissance préalable de celui-ci, situation qui n'est pas admissible dans un système comme celui de la directive, dans lequel les droits sur la marque sont acquis par voie d'enregistrement et non d'usage⁵⁹.

— de façon générale, il est satisfait à ces conditions lorsque le signe est représenté au moyen d'une partition;

— en revanche, les descriptions recourant au langage écrit, y compris les onomatopées et la succession nominative de notes musicales, sont normalement insuffisantes.

47. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose de répondre à la seconde question préjudicielle posée par le Hoge Raad der Nederlanden en disant pour droit que:

— la représentation graphique des marques sonores doit être claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective;

— c'est au juge national qu'il appartient de déterminer dans chaque cas si ces conditions sont satisfaites, compte tenu de l'ensemble des faits pertinents;

C — Brève digression finale

48. Dans la procédure préjudicielle, la Cour doit apporter à l'organe juridictionnel qui l'interroge la réponse appropriée en fonction des paramètres fournis par le droit. Les faits du litige au principal placent la question dans son contexte, en permettant de mieux comprendre son incidence, pour que la solution, qui est donnée en termes généraux en raison de sa fonction d'uniformisation, soit de la plus grande utilité dans la résolution du litige dont est saisi le juge national.

49. Pour effectuer son travail d'interprétation, la Cour a uniquement besoin de savoir, dans un cas comme celui de l'espèce, que certaines des marques qui font l'objet des débats devant le Hoge Raad der Nederlanden sont des signes distinctifs

⁵⁹ — C'est le cas de Time Warner qui, en juillet 2001, a enregistré comme marque sonore le jingle «Merry Melodies» qui accompagne depuis 50 ans les dessins animés de Hanna & Barbera. Un autre exemple est fourni par le cri de Tarzan, inscrit comme marque, également aux États-Unis d'Amérique, par Edgar Rice Burroughs.

acoustiques. On ne saurait cependant faire abstraction de ce que les signes sonores dont Shield Mark prétend être le titulaire exclusif sont le chant d'un coq et les premières notes de ce qui constitue peut-être la pièce pour piano la plus célèbre de l'histoire de la musique, œuvre de l'un des grands compositeurs, dont le génie fut rapidement reconnu par les autres créateurs⁶⁰ de son temps, bien que Beethoven eût lui-même toujours estimé que Haendel avait été le plus grand⁶¹.

50. L'enregistrement d'une marque confère à son titulaire un monopole qui, en principe et de manière générale, lui permet d'interdire aux tiers d'en faire usage. Dans les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Arsenal Football Club⁶², j'ai affirmé que l'éventuel élargissement du catalogue des signes susceptibles de constituer ce mode de propriété industrielle devait être assorti d'une délimitation précise des droits que l'enregistrement confère au titulaire⁶³. Le moment paraît venu d'ajouter qu'il convient également d'être particulièrement prudent en attribuant à une personne l'exploitation exclusive d'un signe sur le marché, et ce quel que soit le sens par lequel il est perçu.

51. Il faut apporter deux précisions. En premier lieu, certaines considérations d'intérêt général conduisent à limiter l'accès de certains signes à l'enregistrement, afin que ceux-ci puissent être utilisés librement par l'ensemble des opérateurs. La doctrine relative à l'impératif de disponibilité a été appréciée par la Cour dans ses arrêts *Windsurfing Chiemsee*⁶⁴ et *Philips*⁶⁵. J'ai peine à admettre que les particuliers puissent, au moyen d'une marque, perpétuer des droits exclusifs sur des indications et des signes naturels ou qui sont une manifestation directe de la nature⁶⁶.

52. Il m'est encore plus difficile d'accepter, et c'est la seconde nuance, qu'une personne s'approprie, de manière indéfinie, une création de l'esprit faisant partie du patrimoine culturel universel aux fins de l'utiliser sur le marché pour distinguer les produits qu'elle fabrique ou les services qu'elle offre, en jouissant d'une exclusivité dont ne bénéficient même pas les héritiers de l'auteur de cette création⁶⁷.

60 — A. Orga, *Beethoven*, Ed. Robinbook, traduction de Inma Guardia, Barcelone, 2001, p. 24, se réfère à l'admiration que Mendelsohn, Schumann, Liszt et Bizet nourrissaient pour Beethoven, ainsi qu'à celle qu'ont manifestée Wagner, Bruckner, Mahler et Debussy. W. Kinderman, dans l'ouvrage déjà cité, p. 1, reconnaît qu'aucun compositeur n'occupe une position aussi centrale que Beethoven dans la vie musicale.

61 — M. Steinitzer, *Beethoven*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1953, p. 51, raconte que Beethoven a plusieurs fois parlé de Haendel comme du plus grand des maîtres de la musique. Dans le même sens, F. Kerst, *Beethoven, The Man and the Artist as Revealed in his Own Words*, Dover Publications Inc., traduction en anglais de Henry Edward Krehbiel, New York, 1964, p. 54.

62 — Arrêt du 12 novembre 2002 (C-206/01, Rec. p. I-10273).

63 — Voir point 61.

64 — Arrêt du 4 mai 1999 (C-108/97 et C-109/97, Rec. p. I-2779).

65 — Arrêt du 18 juin 2002 (C-299/99, Rec. p. I-5475).

66 — Voir points 19 et suiv. de mes conclusions dans l'affaire *Linde e.a.*, précitée.

67 — Rappelons que conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de la protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO L 290, p. 9), les droits d'auteur d'une œuvre artistique, telle que «Pour Élise» de Beethoven, durent toute la vie de l'auteur et pendant soixante-dix ans après sa mort.

IV — Conclusion

53. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour d'apporter les réponses suivantes aux questions posées par le Hoge Raad der Nederlanden:

- «1) L'article 2 de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, non seulement ne s'oppose pas à ce que les signes sonores soient des marques, mais encore interdit aux ordres juridique des États membres de les exclure a priori de ce statut.

- 2) Pour qu'un son puisse être une marque, il doit, outre posséder un caractère distinctif, être susceptible de faire l'objet d'une représentation graphique claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective.

- 3) C'est au juge national qu'il appartient de déterminer si la représentation graphique d'un message acoustique réunit les conditions indiquées ci-dessus, compte tenu des faits pertinents de l'espèce dont il est saisi.

- 4) De façon générale, il est néanmoins satisfait à ces conditions lorsque le signe est représenté au moyen d'une partition.

- 5) En revanche, les descriptions recourant au langage écrit, y compris les onomatopées et la succession nominative de notes musicales, sont normalement insuffisantes.»