

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 14 janvier 2003 ¹

1. Le Bundespatentgericht pose à la Cour trois questions concernant l'interprétation de l'article 3, paragraphe 1, sous b), c) et e), de la directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, première directive rapprochant les législations des États membres sur les marques², en rapport avec des signes tridimensionnels constitués par la forme du produit.

Plus particulièrement, la juridiction nationale souhaite savoir si, au sens des dispositions susvisées, les emballages sont assimilables aux contenus (première question). Elle s'interroge également sur le critère devant être retenu pour apprécier le caractère distinctif de ces signes (deuxième question) et sur le rôle qu'il convient d'attribuer, dans le domaine de l'examen effectué à l'enregistrement, à la pratique d'autres États membres.

2. Les réponses à ces questions se déduisent sans difficulté de la jurisprudence existante en matière de marques.

Antécédents

3. Le 18 juin 1998, Henkel KGaA (ci-après «Henkel»), société fabriquant des dérivés chimiques, domiciliée à Düsseldorf (Allemagne), a demandé l'inscription au registre national correspondant de la forme d'un emballage en tant que marque tridimensionnelle en couleurs pour distinguer des «lessives liquides pour lainages».

4. Le bureau des marques de l'Office allemand des brevets et des marques (Deutsches Patent- und Markenamt) pour les produits de la catégorie 3 a rejeté la demande d'enregistrement au motif que la forme en question était une forme d'emballage usuelle des produits pour lesquels l'enregistrement de la marque était sollicité, qui n'avait pas le caractère d'une indication quant à l'origine du produit et qui, par conséquent, était dépourvue du caractère distinctif nécessaire.

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — JO 1989, L 40, p. 1 (ci-après la «directive sur les marques» ou, tout simplement, la «directive»).

5. Henkel a introduit un recours contre cette décision de rejet devant le Tribunal fédéral des brevets et des marques (Bundespatentgericht), en faisant valoir que la marque dont l'enregistrement était demandé possédait un caractère distinctif en raison de son impression générale, dès lors que, par la combinaison concrète de formes et de couleurs (éléments que le consommateur identifie comme des signes de provenance), elle se distinguerait nettement des produits des concurrents. La requérante a soumis, en outre, les résultats d'une enquête, réalisée à son initiative, dont il ressortirait qu'une importante partie des consommateurs auraient reconnu la bouteille faisant l'objet de la demande comme étant celle d'un détergent déterminé.

La marque dont l'enregistrement est sollicité ne relèverait pas non plus, selon Henkel, d'une interdiction d'enregistrement des signes descriptifs qui doivent rester à la libre disposition des opérateurs, car la forme et la couleur en cause ne sont pas indispensables pour le commerce, celui-ci pouvant utiliser de nombreuses variantes de forme de bouteille de lessive liquide pour lainages.

Les questions préjudicielles posées

6. Dans ces conditions, la 24^e chambre (chambre de recours des marques) du Bundespatentgericht a décidé, le 10 avril 2001, de surseoir à statuer et de soumettre à la

Cour les questions suivantes relatives à l'interprétation de la directive sur les marques:

«1) Pour les marques tridimensionnelles constituées de l'emballage des produits qui sont généralement emballés dans le commerce (comme les liquides), doit-on, du point de vue du droit des marques, assimiler l'emballage du produit à la forme du produit, de sorte que:

a) l'emballage du produit constitue la forme du produit au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous e), de la directive;

b) l'emballage du produit peut servir à désigner la qualité (extérieure) du produit emballé au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive?

2) Pour les marques tridimensionnelles constituées de l'emballage des produits qui sont généralement emballés dans le commerce, le caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive dépend-il de la

question de savoir si, même sans procéder à une analyse ou à une comparaison et sans faire preuve d'une attention particulière, l'acheteur moyen, normalement informé et attentif est en mesure de reconnaître les caractéristiques de la marque tridimensionnelle dont l'enregistrement a été demandé qui divergent de la norme ou des habitudes du secteur et qui, par conséquent, sont susceptibles de distinguer l'origine?

Analyse des questions préjudicielles

- 3) Peut-on apprécier le caractère distinctif uniquement sur la base des usages commerciaux nationaux, sans qu'il ne soit indiqué de procéder à d'autres investigations administratives pour déterminer si et dans quelle mesure des marques identiques ou similaires ont été enregistrées ou ont été exclues de l'enregistrement dans d'autres États membres de l'Union européenne?»

8. Les trois questions posées concernent l'interprétation de l'article 3, paragraphe 1, sous b), c) et e), de la directive sur les marques, qui dispose:

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

[...]

Procédure devant la Cour

7. La demande de décision préjudicielle a été enregistrée au greffe de la Cour le 29 mai 2001. À l'issue de la phase écrite de la procédure, au cours de laquelle seule la Commission a présenté des observations, une audience s'est tenue, le 14 novembre 2002, à laquelle ont également assisté les représentants de la société requérante.

b) les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif;

c) les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la

valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation de service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci;

Sur la première question préjudicielle

[...]

9. La première question a trait à la qualification, au sens du droit des marques, de l'emballage de produits généralement emballés dans le commerce, comme c'est le cas des liquides. La juridiction de renvoi s'interroge sur le point de savoir si, en pareille hypothèse, il convient d'assimiler le produit à sa forme, et cela dans quelle mesure.

e) les signes constitués exclusivement:

— par la forme imposée par la nature même du produit,

10. À mon sens, lorsqu'un produit est généralement embouteillé dans le commerce, l'emballage n'a pas à être *assimilé* au produit, il est un composant de ce produit. Il est également, pour le consommateur, le seul élément visible et distinguable, de sorte qu'il constitue, selon le droit des marques, la seule partie du produit qui importe.

— par la forme du produit nécessaire à l'obtention d'un résultat technique,

— par la forme qui donne une valeur substantielle au produit;

11. Cette solution peut paraître contraire au libellé de l'article 2 de la directive, aux termes duquel peuvent constituer des marques «tous les signes susceptibles d'une représentation graphique, notamment les mots, y compris les noms de personnes, les dessins, les lettres, les chiffres, la forme du produit *ou de son conditionnement*, à condition que de tels signes soient propres à distinguer les produits ou les services d'une

[...]»

entreprise de ceux d'autres entreprises»³. Formellement, le *produit* et le *conditionnement* seraient des éléments distincts. Il apparaît nécessaire, toutefois, de recourir à une interprétation téléologique des dispositions de la directive, qui, de manière générale, ne se distingue pas par la précision technique de sa rédaction.

12. Dans le cas des liquides, comme dans celui des gaz et de certaines matières granuleuses ou hautement friables, qui ne constituent pas des «corps», puisqu'ils sont dépourvus, notamment, de formats et d'aspects définis, le conditionnement est la seule forme perceptible par le consommateur, susceptible de représentation graphique. La forme tridimensionnelle de ce type de substances qui intéresse le droit des marques est celle de l'emballage dans lequel elles sont présentées, de sorte que, dans ce domaine, on doit entendre, par *produit*, le contenant dans lequel celui-ci est commercialisé.

13. De surcroît, faire la distinction entre le contenant et son contenu, en reconnaissant exclusivement à ce dernier la qualité de *produit*, ne correspond pas à la réalité du marché: dans le cas de nombreux articles, les caractéristiques de la présentation peuvent être déterminantes pour provoquer une

transaction. L'emballage conditionne, par son format, la quantité offerte; par sa forme, la fonctionnalité; et par sa matière, le poids. Ces dimensions peuvent même, aux yeux du consommateur, en arriver à primer sur les qualités réelles ou supposées de la substance liquide.

14. Il découle de cette identité entre contenant et produit, lorsque celui-ci est emballé dans le commerce, que le contenant s'identifie à la forme du produit, notamment, aux fins de l'article 3, paragraphe 1, sous c) et e), de la directive.

15. Au regard de la lettre e), l'identité à laquelle j'ai fait allusion est un impératif d'intérêt public, car, si l'emballage était considéré comme distinct de la substance qu'il contient, de telle sorte que les restrictions touchant à la forme *du produit* ne s'appliqueraient pas à lui, comme l'affirme le représentant de Henkel, l'interdiction absolue, continue dans le temps, dont relèvent les formes tridimensionnelles à valeur esthétique ou fonctionnellement appropriées, pourrait être contournée avec une extrême facilité.

16. Enfin, il convient de mentionner, ne serait-ce qu'à titre illustratif, dès lors

3 — Sans caractères italiques dans l'original.

qu'elles sont dépourvues de valeur juridique contraignante⁴, les déclarations conjointes du Conseil et de la Commission des Communautés européennes inscrites au procès-verbal du Conseil lors de l'adoption de la directive sur les marques, qui comportent une référence à l'article 3, paragraphe 1, sous e), de la directive:

«le Conseil et la Commission sont d'avis que, pour les produits emballés, l'expression 'forme du produit' désigne également l'emballage».

17. Eu égard aux considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre à la première question préjudicielle en déclarant que, au sens du droit communautaire des marques, dans le cas de produits généralement emballés dans le commerce, il convient d'entendre, par *produit* tridimensionnel, la forme de l'emballage.

Sur la deuxième question préjudicielle

18. La juridiction de renvoi s'interroge sur la définition exacte du critère devant être

retenu par le juge national pour apprécier le caractère distinctif, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive (caractère distinctif concret), d'une marque tridimensionnelle. Elle souhaite savoir si l'acheteur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, doit être en mesure de reconnaître les caractéristiques différenciatrices d'une forme déterminée sans procéder à une analyse ou à une comparaison et sans faire preuve d'une attention particulière.

19. Depuis l'arrêt du 16 juillet 1998, Gut Springenheide et Tusky⁵, la Cour utilise un critère uniforme, de portée générale, pour déterminer si la dénomination, la marque ou l'indication publicitaire en cause sont de nature à induire l'acheteur en erreur, en se fondant sur la perception présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, sans avoir à ordonner une expertise ou à commander un sondage d'opinion⁶.

20. Ce critère d'appréciation a été confirmé en des termes identiques dans plusieurs

4 — Puisqu'il n'y est pas fait référence dans le corps de la directive. Voir arrêt du 26 février 1991, Antonissen (C-292/89, Rec. p. I-745, point 18).

5 — Affaire C-210/96, Rec. p. I-4657.

6 — Ibidem, point 31.

arrêts rendus dans divers domaines⁷. Il en va de même, bien entendu, dans celui des marques⁸.

En outre, la Cour a récemment estimé que le caractère distinctif concret du signe consistant dans la forme d'un produit doit être examiné selon le même critère⁹.

Si le juge national peut apprécier la capacité de différenciation d'un signe en se fondant sur ce qu'il présume qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé peut percevoir, il ne paraît pas nécessaire de recourir à des enquêtes supplémentaires, comme les études analytiques et comparatives mentionnées par le Bundespatentgericht. À l'inverse, ces études ne libèrent pas la juridiction nationale de la nécessité d'exercer son propre pouvoir d'appréciation fondée sur le modèle du consommateur moyen tel qu'il est défini par le droit communautaire¹⁰.

7 — Voir arrêts du 28 janvier 1999, *Sektkellerei Kessler* (C-303/97, Rec. p. I-513, point 36); du 13 janvier 2000, *Estée Lauder* (C-220/98, Rec. p. I-117, point 27), et du 21 juin 2001, *Commission/Irlande* (C-30/99, Rec. p. I-4619, point 32).

8 — Voir arrêt du 22 juin 1999, *Lloyd Schuhfabrik Meyer* (C-342/97, Rec. p. I-3819, point 26).

9 — Arrêt du 18 juin 2002, *Philips* (C-299/99, Rec. p. I-5475, point 63).

10 — Voir point 29 des conclusions présentées par l'avocat général Fennelly le 16 septembre 1999 dans l'affaire *Estée Lauder*, précitée note 7.

Il convient d'ajouter que la limitation de la protection à une ou plusieurs classes de produits ou de services et celle qui résulte du territoire d'application de la marque impliquent que l'appréciation du caractère distinctif se fasse par référence au consommateur moyen de ces types de produits ou services sur le territoire pour lequel l'enregistrement est demandé.

21. Il n'y a aucune raison de s'écarter de ce raisonnement en ce qui concerne, concrètement, la forme de présentation de produits généralement emballés dans le commerce.

22. Je suggère, par conséquent, à la Cour de répondre à la deuxième question posée en ce sens que, dans l'appréciation du motif de rejet, prévu à l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive, d'un signe tridimensionnel constitué par la forme d'un produit généralement emballé dans le commerce, notamment, l'administration de l'enregistrement et, le cas échéant, le juge national doivent adopter la position d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, des produits et services en cause, sans qu'il soit nécessaire de solliciter des vérifications supplémentaires de nature analytique ou comparative.

Sur la troisième question préjudicielle

23. Enfin, le Bundespatentgericht souhaite savoir si, dans l'exercice de l'appréciation du caractère distinctif individuel du signe considéré, la pratique des bureaux d'enregistrement et des juridictions des autres États membres peut ou doit avoir une incidence lors de l'enregistrement de marques identiques ou comparables.

24. La directive sur les marques vise à rapprocher les droits des États membres en les harmonisant, mais non à les unifier. Les organes administratifs et judiciaires nationaux ont donc l'obligation d'interpréter la règle interne à la lumière du texte et de la finalité de la directive, pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 249, troisième alinéa, CE¹¹, en saisissant, le cas échéant, la Cour à titre préjudiciel.

Il n'existe cependant aucun lien de subordination entre la Cour et les juridictions

nationales, ni entre les juges de l'un ou l'autre des États membres. Il n'y a pas non plus d'obligation de parvenir à des résultats identiques, au-delà de l'application des mêmes principes d'interprétation. De surcroît, la perception du consommateur moyen à laquelle j'ai fait allusion précédemment peut varier en fonction du territoire, de sorte que la pratique dans un État membre ne saurait avoir d'effet contraignant pour les autorités d'un autre État. Néanmoins, pour des motifs de prudence et de loyauté réciproque, qui trouvent leur fondement dans l'objectif de résultat indiqué ci-dessus, cette pratique — et, en particulier, la motivation sur laquelle elle s'appuie — constitue une indication utile que l'autorité compétente peut inclure dans son appréciation du caractère distinctif d'un signe. Rien, toutefois, ne l'oblige à effectuer d'office des vérifications administratives dans ce domaine.

25. En définitive, il convient de répondre à la troisième question préjudicielle que, dans l'appréciation du caractère distinctif concret des signes appelés à devenir des marques, les autorités nationales compétentes ne sont pas tenues de prendre en considération les pratiques d'autres États membres relatives à des produits ou des services analogues à ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé.

¹¹ — Voir, dans le domaine de la marque harmonisée, arrêt du 23 février 1999, BMW (C-63/97, Rec. p. I-905, point 22).

Conclusion

26. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par le Bundespatentgericht:

- «1) Au sens du droit communautaire des marques, dans le cas de produits généralement emballés dans le commerce, il convient d'entendre, par *produit*, la forme de l'emballage.

- 2) Dans l'appréciation du motif de rejet, prévu à l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, première directive rapprochant les législations des États membres sur les marques, d'un signe tridimensionnel constitué par la forme d'un produit généralement emballé dans le commerce, notamment, l'administration de l'enregistrement et, le cas échéant, le juge national doivent adopter la position d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, des produits et services en cause, sans qu'il soit nécessaire de solliciter des vérifications supplémentaires de nature analytique ou comparative.

- 3) Dans l'appréciation du caractère distinctif concret des signes appelés à devenir des marques, les autorités nationales compétentes ne sont pas tenues de prendre en considération les pratiques d'autres États membres relatives à des produits ou des services analogues à ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé».