CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN MISCHO

présentées le 7 juillet 1998 *

1. « Convient-il d'interpréter les articles 30 ou 52 et suivants du traité CE dans ce sens qu'ils s'opposent à l'application de dispositions nationales qui imposent de protéger, au regard de marques ou de désignations spécifiques d'une entreprise présentant un danger de confusion, celle qui a la plus ancienne priorité, et donc d'interdire à une entreprise l'emploi, dans trois Länder de la république d'Autriche, d'une marque ou d'une désignation spécifique d'une entreprise, sous laquelle apparaissent licitement des sociétés faisant partie de son groupe dans d'autres États membres? »

2. Cette question nous est posée par le Handelsgericht Wien dans le cadre d'un litige opposant la société Pfeiffer Großhandel GmbH (ci-après « Pfeiffer ») à la société Löwa Warenhandel GmbH (ci-après « Löwa »).

3. La requérante au principal, Pfeiffer, exploite depuis 1969 une grande surface à Pasching, près de Linz en Autriche, sous la désignation « Plus KAUF PARK » [1]. Par ailleurs, « Plus KAUF PARK » a été enregistrée auprès de l'Office fédéral des brevets autrichiens (Patentamt) en tant que marque verbale et figurative pour plusieurs classes de produits, avec priorité au 5 août 1969. Pfeiffer vend aussi diverses marchandises, essentiellement du secteur des aliments, sous la marque « Plus wir bieten mehr » (priorité au 22 septembre 1989). La grande surface « Plus KAUF PARK » a été intégrée dans un centre commercial, la « Plus City », inauguré en octobre 1989, qui comprend plus de 100 commerces de détail de toutes les branches courantes. Lors de la construction de la « Plus City », les prédécesseurs en droit de Pfeiffer ont octroyé aux exploitants des différents commerces qui y sont installés des droits d'usage très larges sur les marques susmentionnées et les autres dénominations contenant le mot « Plus ». En vertu des contrats de location, chaque exploitant est également tenu, lorsqu'il fait référence à la « Plus City », d'utiliser le logo original de ce centre commercial.

4. La défenderesse au principal, Löwa, exploite en Autriche 139 magasins discount, dans lesquels elle offre à la vente des marchandises de même nature que celles de la grande surface de Pfeiffer. Löwa est une filiale de la société allemande Tengelmann Warenhandelsgesellschaft qui est titulaire de la marque internationale « Plus » avec priorité au 15 novembre 1989. Löwa est également la société soeur de la « Plus » Warenhandelsgesellschaft, société de droit allemand, qui est titulaire de la marque verbale et figurative « Plus prima leben und sparen » (priorité au 18 décembre 1979), enregistrée au Patentamt autrichien. Löwa elle-même est titulaire de la

* Langue originale: le français.

1 — Alors que l'ordonnance de renvoi se réfère à la désignation « Plus KAUF MARKT », il ressort du dossier qu'il s'agit en fait de « Plus KAUF PARK ».

marque verbale et figurative « Pluspunkt », enregistrée au Patentamt autrichien avec priorité au 15 avril 1994.

5. La Tengelmann Warenhandelsgesellschaft et la Plus Warenhandelsgesellschaft sont présentes en Allemagne, en Italie, en Espagne, en République tchèque et en Hongrie sous la dénomination commerciale « Plus » dans le secteur des magasins à prix réduits. Tengelmann, la société mère, aspire à une présentation uniforme dans toute l'Europe, ce qui permettrait une publicité identique au niveau européen et le développement ultérieur d'une « corporate identity ».

6. Pour ces raisons, Löwa a commencé en 1994 à commercialiser des marchandises sous la désignation « Plus » et à modifier le nom de 17 des 139 supermarchés qu'elle exploite en Autriche de « Zielpunkt » en « Plus prima leben und sparen », dont la présentation graphique correspond totalement à la marque verbale et figurative de sa société soeur allemande, la Plus Warenhandelsgesellschaft.

7. Cette présentation graphique se distingue de la désignation employée par Pfeiffer aussi bien par l'adjonction de diverses mentions que par la présentation optique.

8. Dans le cadre du litige au principal, la requérante demande qu'il soit interdit à la défenderesse d'exploiter, dans les Länder fédéraux de Basse-Autriche, Haute-Autriche et Salzbourg, des commerces de détail s'adressant aux consommateurs finaux, sous la dénomination commerciale « Plus », avec ou sans adjonction d'autres mentions et/ou de faire de la publicité pour de tels commerces.

9. La demande de décision préjudicielle nous apprend que l'article 9, paragraphe 1, du Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi contre la concurrence déloyale, ci-après l'« UWG ») permet d'interdire l'emploi de noms, firmes ou désignations spécifiques d'une entreprise, d'une manière telle qu'elle entraîne un danger de confusion avec des noms, firmes ou désignations spécifiques utilisés de manière licite par une autre personne. Aux termes du paragraphe 3 du même article, les marques enregistrées et les signes commerciaux qui constituent une caractéristique de l'entreprise dans le cercle d'affaires concerné, ainsi que les autres éléments destinés à distinguer l'entreprise en question d'autres entreprises, plus particulièrement la présentation des marchandises, leur emballage ou leur enveloppe, et la présentation de papiers d'affaires, sont assimilés à la désignation spécifique d'une entreprise.

10. La jurisprudence autrichienne, nous est-il exposé dans l'ordonnance de renvoi, interprète cette disposition en ce sens que tant les marques que les désignations spécifiques d'une entreprise ne bénéficient de la protection conférée par l'article 9 de l'UWG que si elles possèdent un caractère distinctif, c'est-à-dire qu'elles ont quelque chose de particulier,

d'individuel, qui est déjà apte, de par sa nature, à distinguer celui qui les porte d'autres personnes, ou si elles ont acquis une force distinctive — indépendamment de leur originalité — en raison de leur notoriété dans le commerce. D'après une jurisprudence autrichienne constante, ont un caractère distinctif les mots de fantaisie librement inventés et les mots qui, bien que faisant partie de l'usage courant, n'ont pas de rapport avec la marchandise à laquelle ils sont destinés, donc plus purement descriptifs. Ces principes s'appliquent aux marques verbales comme aux désignations spécifiques d'une entreprise. Les indications descriptives sont néanmoins susceptibles de protection, lorsqu'il s'agit d'une désignation singulière, qui sort du cadre habituel, d'une entreprise.

11. Le Handelsgericht Wien estime, au regard de cette jurisprudence, que « Plus » en tant que dénomination d'une entreprise qui commercialise des marchandises de nature très diverse — des produits alimentaires mais également d'autres marchandises de consommation quotidienne —, dans des supermarchés, est tout à fait originale, et non simplement descriptive, et par conséquent, susceptible d'être protégée. Même à supposer qu'il ne s'agisse que d'un signe « faible », qui bénéficie également de la protection de l'article 9 de l'UWG, mais pour lequel des différences même minimes suppriment en principe le risque de confusion, l'adjonction des mots « prima leben und sparen » n'est pas de nature à conduire en fin de compte à la suppression de ce risque, parce que ces termes attirent beaucoup moins l'attention et ne peuvent pratiquement pas être compris dans le sens d'une désignation spécifique d'une entreprise. La présentation optique différente des désignations ne peut pas non plus empêcher des confusions, parce qu'une simple concordance acoustique suffit aussi.

12. La juridiction de renvoi en conclut, par conséquent, que, « d'après la situation juridique en Autriche, l'utilisation par la défenderesse de la dénomination 'Plus', avec ou sans adjonction d'autres mentions, viole l'article 9 de l'UWG, puisque Pfeiffer bénéficie d'une priorité ».

13. Toutefois, estimant que l'injonction de ne pas faire, qu'il serait amené à prononcer en vertu de l'article 9 de l'UWG, affecterait le commerce intracommunautaire, le Handelsgericht Wien a décidé de surseoir à statuer et de nous poser la question susmentionnée.

La portée de la question préjudicielle

14. Il résulte aussi bien de la demande de décision préjudicielle [2] que des observations écrites des deux parties au litige au principal et des réponses données par elles à une question posée par la Cour lors de l'audience que l'objet de ce litige est constitué uniquement par l'interdiction éventuelle d'utiliser une certaine désignation d'entreprise. L'utilisation du mot « Plus » (avec ou sans ajout) en tant que marque de produits n'est donc pas en cause dans la présente affaire. Dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner le problème posé au regard de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques [3].

2 — Voir ci-dessus point 8.
3 — JO 1989, L 40, p. 1.

15. Par conséquent, il suffit, afin de fournir au juge national une réponse lui permettant de trancher le litige pendant devant lui, de se limiter à une interprétation des articles 30 et 52 du traité au regard du conflit entre deux désignations spécifiques d'entreprises.

16. En outre, la juridiction nationale ne nous demande pas d'apprécier s'il y a risque de confusion entre les désignations litigieuses. Elle tient de toute façon ce risque pour acquis. Or, dans l'arrêt Terrapin [4], la Cour était confrontée à la même situation et elle a décidé que, même « si cette appréciation [de la juridiction de renvoi] a été mise en cause au cours de la procédure, la Cour n'a cependant pas à statuer sur ce point, n'ayant été saisie d'aucune question à ce sujet ». Le Handelsgericht ne nous interroge pas davantage sur la notion même de « risque de confusion », à la différence de ce qui était le cas par exemple dans l'affaire SABEL [5].

17. Aussi, la question du Handelsgericht Wien est à comprendre dans ce sens qu'elle vise seulement à savoir si, dans un cas où, selon l'appréciation d'un juge national, il y aurait lieu, en raison d'une priorité et d'un risque de confusion, d'interdire l'utilisation d'une désignation spécifique d'entreprise, les articles 30 ou 52 du traité empêchent le juge de prononcer, comme le lui commanderait son droit national, ladite interdiction, en raison du fait que la société en question utilise licitement cette désignation dans d'autres États membres.

4 — Arrêt du 22 juin 1976 (119/75, Rec. p. 1039, points 3 et 4).

5 — Arrêt du 11 novembre 1997 (C-251/95, Rec. p. I-6191).

18. Comme le souhaite la juridiction de renvoi, j'examinerai successivement le problème au regard de la libre circulation des marchandises (articles 30 et suivants) et du droit d'établissement (articles 52 et suivants).

Quant à l'article 30 du traité

19. Löwa fait valoir que, « dans l'hypothèse d'une application illimitée de l'article 9 de l'UWG, les sociétés d'un groupe devraient utiliser des dénominations différentes dans certains États membres dans des cas comme celui qui fait l'objet de la question préjudicielle. Les concepts publicitaires ne pourraient pas être uniformes pour les États membres de la Communauté européenne et l'idée poursuivie dans les groupes de sociétés d'une 'corporate identity' dans les dénominations d'entreprise, qui sont l'élément central de la présentation à des fins publicitaires, ne pourrait pas être clairement présentée vis-à-vis de l'extérieur ».

20. L'argumentation de Löwa vise en substance à établir que l'interdiction d'utiliser, sur une partie du territoire autrichien, la même dénomination commerciale que celle utilisée, dans d'autres États membres, par les sociétés appartenant au même groupe constituerait une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative. En effet, cette interdiction aurait pour conséquence qu'il serait impossible pour le groupe d'utiliser le même concept publicitaire pour vendre ses marchandises.

21. Afin de démontrer que cette renonciation à une stratégie globale de commercialisation constituerait une entrave à la libre circulation des marchandises, Löwa s'appuie sur l'arrêt Yves Rocher [6] dans lequel la Cour a rappelé que:

« une législation nationale qui limite ou interdit certaines formes de publicité ou certains moyens de promotion des ventes, bien qu'elle ne conditionne pas directement les importations, peut être de nature à restreindre le volume de celles-ci par le fait qu'elle affecte les possibilités de commercialisation pour les produits importés. Le fait, pour un opérateur économique, d'être contraint soit d'adopter des systèmes différents de publicité ou de promotion des ventes en fonction des États membres concernés, soit d'abandonner un système qu'il juge particulièrement efficace, peut constituer un obstacle aux importations, même si une telle législation s'applique indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés ».

22. Selon Löwa, une entrave aux possibilités de commercialisation constituerait, même après l'arrêt Keck et Mithouard [7], une restriction à la libre circulation des marchandises au sens de l'article 30 du traité. Pour Löwa, ni l'arrêt Keck et Mithouard, précité, ni celui rendu dans l'affaire Hünermund e.a. [8] n'avaient pour objet l'examen juridique de la compatibilité avec le droit communautaire d'une interdiction nationale qui entraverait ou rendrait plus difficile la mise en œuvre d'un concept publicitaire uniforme au niveau communautaire. A l'inverse, expose encore Löwa, dans l'arrêt Mars [9], la Cour aurait dit sans ambiguïté, en se référant à sa jurisprudence Keck et Mithouard, précitée, qu'une interdiction qui vise la mise en circulation dans un État membre de produits portant les mêmes mentions publicitaires que celles utilisées légalement dans d'autres États membres, même si cette interdiction est applicable à tous les produits, est de nature à entraver le commerce intracommunautaire. Selon la Cour, une telle interdiction « peut, en effet, contraindre l'importateur à aménager de façon différente la présentation de ses produits en fonction du lieu de commercialisation, et à supporter par conséquent des frais supplémentaires de conditionnement et de publicité » [10].

23. Löwa en déduit que « tel est également le cas d'une interdiction fondée en l'espèce sur l'article 9 de l'UWG, qui empêche un groupe de sociétés d'apparaître sous une désignation d'établissement uniforme dans les États membres de la Communauté européenne... ». Par conséquent, l'article 30 du traité serait applicable.

24. L'argumentation de Pfeiffer se fonde essentiellement sur la jurisprudence de la Cour développée à partir de l'arrêt Keck et Mithouard. Aussi, l'article 9 de l'UWG, « en tant que disposition nationale, qui concerne exclusivement les modalités de vente et n'affecte pas les produits, et qui est indistinc-

6 — Arrêt du 18 mai 1993 (C-126/91, Rec. p. I-2361).

7 — Arrêt du 24 novembre 1993 (C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097).

8 — Arrêt du 15 décembre 1993 (C-292/92, Rec. p. I-6787).

9 — Arrêt du 6 juillet 1995 (C-470/93, Rec. p. I-1923).

10 — Point 13.

tement applicable à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, est compatible avec l'article 30 du traité CE ».

25. Pfeiffer relève encore que le souhait de Löwa d'avoir une conception publicitaire homogène pour les États membres de la Communauté européenne et l'effort de créer une « corporate identity » entrent en conflit avec la propriété commerciale. Or, selon Pfeiffer, les interdictions et les restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale sont admises, sous la réserve expresse qu'elles ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre États membres.

26. La Commission, quant à elle, estime que l'article 30 du traité ne s'oppose pas à une disposition telle que celle figurant à l'article 9 de l'UWG, « car, si, en vertu de la jurisprudence Keck, précitée, des modalités de vente sont exclues du champ d'application de l'article 30 du traité, cela doit, a fortiori, s'appliquer à des dispositions ne prescrivant aucune modalité de vente, de quelque nature que ce soit ». Selon la Commission, « entrent notamment dans le cadre des modalités de vente les dispositions relatives aux conditions locales et temporelles et d'autres conditions — comme une restriction du groupe des vendeurs — dans lesquelles les marchandises peuvent être distribuées et qui constituent l'expression de particularités socioculturelles nationales ou régionales » [11]. Or, selon l'avis de la Commission, ces conditions n'existent pas en ce qui concerne l'article 9, paragraphe 1, de l'UWG.

27. La Commission rappelle, par ailleurs, que la Cour a constaté que l'application d'une disposition nationale n'ayant aucun lien avec l'importation ou l'exportation des marchandises ne relève pas du domaine des articles 30 et suivants du traité [12]. Il en serait bien ainsi en l'espèce, étant donné que la disposition visée à l'article 9, paragraphe 1, de l'UWG n'a ni pour objectif ni comme conséquence de réglementer les échanges transfrontaliers de marchandises. La défenderesse qui est déjà établie en Autriche continue, indépendamment de sa dénomination commerciale, d'avoir la possibilité d'importer des marchandises et de vendre en Autriche.

28. Pour ma part, je vous propose de retenir l'argumentation de Pfeiffer et de la Commission. Je ne peux, en effet, concevoir que l'interdiction d'utiliser une dénomination commerciale en tant qu'elle ne vise que la désignation spécifique de *l'entreprise* puisse constituer une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative.

11 — Voir, par exemple, l'arrêt du 20 juin 1996, Semeraro Casa Uno e.a. (C-418/93 à C-421/93, C-460/93 à C-462/93, C-464/93, C-9/94 à C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 et C-332/94, Rec. p. I-2975, point 25).

12 — Voir l'arrêt du 7 mai 1997, Pistre e.a. (C-321/94 à C-324/94, Rec. p. I-2343, point 44).

29. La Cour a, en effet, jugé dans (et depuis) l'arrêt Keck et Mithouard, précité, que:

« constituent des mesures d'effet équivalent, interdites par l'article 30, les obstacles à la libre circulation des marchandises résultant, en l'absence d'harmonisation des législations, *de l'application à des marchandises* en provenance d'autres États membres, où elles sont légalement fabriquées et commercialisées, *de règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises* ... telles que celles qui concernent, par exemple, leur présentation, leur étiquetage et leur conditionnement, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits, dès lors que cette application ne peut être justifiée par un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises. »

30. En revanche,

« n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce entre les États membres l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres.

En effet, dès lors que ces conditions sont remplies, l'application de réglementations de ce type à la vente des produits en provenance d'un autre État membre et répondant aux règles édictées par cet État n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux. Ces réglementations échappent donc au domaine d'application de l'article 30 du traité. »

31. En l'occurrence, nous ne sommes pas en présence d'une disposition nationale qui énoncerait des conditions auxquelles doivent répondre des marchandises ou qui prétendrait réglementer les échanges de marchandises entre États membres.

32. Il s'agit d'une disposition qui, par ailleurs, n'affecte pas la commercialisation des produits en provenance d'autres États membres d'une manière différente de celle des produits nationaux.

33. Certes, l'interdiction d'utiliser la désignation spécifique d'entreprise pourrait éventuellement être de nature à freiner un développement supplémentaire du volume des ventes et, par conséquent, du volume des ventes de produits en provenance d'autres États membres, dans la mesure où elle prive des sociétés appartenant au même groupe de la possibilité d'utiliser un concept publicitaire uniforme dans tous les États membres où le groupe est présent. Cette circonstance n'est, cependant, pas de nature à faire rentrer l'interdiction en

cause dans la définition des mesures d'effet équivalent, puisque ladite interdiction vise la dénomination de l'entreprise concernée et non pas les marchandises vendues par celle-ci.

34. Voilà également la raison pour laquelle l'argument que Löwa tente de tirer de l'arrêt Mars ne saurait être accueilli. En effet, cet arrêt concerne des restrictions à la libre circulation des marchandises résultant d'une interdiction d'utiliser certaines mentions publicitaires sur l'emballage *de produits*. Or, ainsi qu'il a été exposé plus haut, l'objet du litige au principal est uniquement la désignation des deux entreprises et non pas la ou les marques dont l'une ou l'autre entreprise pourvoit ses produits.

35. Quant à l'arrêt Yves Rocher, il ne me semble pas pertinent pour trois raisons. Tout d'abord, nous ne sommes pas en présence, ici, d'une « législation qui limite ou interdit certaines formes de publicité ». L'impossibilité pour Löwa d'utiliser les formes de publicité mises au point par sa société mère pour d'autres marchés n'est que la conséquence indirecte de dispositions protégeant la propriété commerciale.

36. En second lieu, comme R. Joliet [13], je suis d'avis que l'arrêt Yves Rocher concernait une « modalité de vente » et qu'il est dépassé depuis l'arrêt Keck et Mithouard.

37. Enfin, une règle telle que celle figurant à l'article 9 de l'UWG ne constitue même pas une modalité de vente. Le raisonnement a fortiori de la Commission rappelé ci-dessus doit, dès lors, être accueilli.

38. J'en arrive donc à la conclusion que l'interdiction d'utiliser une désignation spécifique d'entreprise échappe au domaine d'application de l'article 30 du traité. A titre tout à fait superfétatoire, je voudrais faire remarquer que, même si une disposition telle que l'article 9 de l'UWG constituait une mesure d'effet équivalent, elle bénéficierait de l'exemption prévue à l'article 36 du traité. S'appliquant indistinctement aux entreprises à capitaux autrichiens, comme aux entreprises à capitaux étangers, elle ne saurait être considérée comme un « moyen de discrimination arbitraire ». Elle ne constitue pas non plus « une restriction déguisée dans le commerce entre États membres », car, comme je l'ai déjà relevé, elle n'affecte pas la commercialisation des produits en provenance d'autres États membres d'une manière différente de celle des produits nationaux.

Quant à l'article 52 du traité

39. La question préjudicielle vise également à savoir si l'article 52 du traité s'oppose, dans

13 — Joliet, R.: « La libre circulation des marchandises: l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence », dans *Journal des Tribunaux — Droit européen*, 20 octobre 1994, n° 12, p. 145 et suiv.

des conditions telles que celles de l'espèce, à ce qu'il soit interdit à une entreprise d'utiliser une désignation spécifique.

40. Pour la requérante au principal, Pfeiffer, la liberté fondamentale consacrée par les articles 52 et suivants du traité ne serait pas touchée par la disposition nationale en cause. La question d'une éventuelle violation de cette liberté ne se poserait même pas.

41. Pfeiffer ajoute que le principe de non-discrimination inhérent à la liberté d'établissement interdit toute discrimination en raison de la nationalité lors du commencement et de l'exercice d'une activité indépendante dans un autre État membre. Seules les règles nationales formellement discriminatoires, c'est-à-dire celles qui sont fondées sur la nationalité et qui traitent différemment les nationaux et les étrangers de manière ouverte et consciente en raison de leur nationalité différente, seraient inadmissibles. Or, fait observer Pfeiffer, la conséquence juridique de l'article 9 de l'UWG autrichien s'applique, sans distinction, aux étrangers comme aux nationaux.

42. Toujours selon Pfeiffer, dans la mesure où la liberté d'établissement serait aussi — surtout sur la base de la jurisprudence plus récente de la Cour — partiellement interprétée comme une interdiction d'instaurer des limitations, elle n'impliquerait pas une interdiction générale, ceci à l'opposé de ce qui vaudrait en ce qui concerne la libre circulation des marchandises. Des restrictions à la liberté de l'article 52 du traité CE pour tenir compte de la propriété commerciale et intellectuelle auraient toujours été admises. Les piliers et les critères de la liberté d'établissement, c'est-à-dire l'autorisation de l'exercice effectif d'une activité économique indépendante, dans un autre État membre, par l'intermédiaire d'une installation stable, pour une durée indéterminée, ne seraient ni limités ni interdits par l'article 9 de l'UWG autrichien.

43. Selon la défenderesse au principal, Löwa, « une interdiction d'une dénomination d'une entreprise pourrait également limiter de manière inadmissible la liberté d'établissement, au sens des articles 52 et 58 du traité, de la société mère ». A l'appui de son argumentation elle cite l'arrêt Gebhard [14] dans lequel la Cour a rappelé que:

« Il résulte toutefois de la jurisprudence de la Cour que les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions: qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ».

14 — Arrêt du 30 novembre 1995 (C-55/94, Rec. p. I-4165, point 37).

44. Transposant ces principes aux circonstances de la présente affaire, Löwa argumente « qu'une restriction réside dans le fait qu'une entreprise (en l'espèce allemande), qui est connue par sa dénomination d'entreprise également dans l'État membre voisin (en l'espèce l'Autriche) à la suite d'une publicité par-delà les frontières et d'achats transfrontaliers, et qui essaie d'uniformiser, pour des raisons évidentes, une stratégie au niveau européen, est limitée dans ses chances de succès sur ce marché voisin, parce qu'on lui a interdit l'usage du signe établi par ailleurs et qui n'est pas inconnu sur le marché en question ». Löwa conclut en faisant valoir que l'interdiction en cause ne serait pas proportionnée, puisqu'il n'existerait pas de danger (sérieux) de confusion. En effet, selon elle, « le risque de confusion doit être sérieux, pour qu'il ait quantitativement un poids tel qu'une restriction à la liberté d'établissement soit justifiée ».

45. La Commission, quant à elle, est d'avis que les dispositions des articles 52 et suivants du traité ne s'opposent pas à une disposition telle que celle de l'article 9, paragraphe 1, de l'UWG autrichien. Des dispositions nationales relatives à des noms de firmes ou des dénominations commerciales pourraient, certes, affecter la liberté d'établissement, lorsqu'elles font dépendre par exemple le port d'un nom de firme d'une autorisation particulière ou qu'elles ne l'autorisent qu'en l'assortissant de conditions particulières, linguistiques ou similaires. La disposition visée à l'article 9, paragraphe 1, de l'UWG autrichien ne comporterait, cependant, pas de réglementation de ce type concernant directement le « si » et/ou le « comment » de l'établissement. Elle n'aurait donc pas de rapport, ou du moins pas de rapport suffisant, avec la liberté d'établissement.

46. Selon la Commission, même si l'on voulait interpréter les articles 52 et 58 du traité en ce sens que des dispositions comme celle de l'article 9, paragraphe 1, de l'UWG autrichien relèveraient du domaine de la liberté d'établissement, l'ordonnance de renvoi ne permettrait en aucune façon de conclure que cette disposition, la jurisprudence en la matière ou l'application pratique de cette disposition opéreraient une discrimination directe ou indirecte entre les entreprises autrichiennes et les entreprises qui s'installent en Autriche.

47. Eu égard aux circonstances de l'espèce, la Commission estime cependant que le droit d'une entreprise d'utiliser une dénomination commerciale déterminée pour ses filiales ne relève pas de la liberté d'établissement.

48. La Commission souligne qu'il convient, par ailleurs, de tenir compte du fait que la défenderesse était déjà établie en Autriche lorsqu'elle a modifié en 1994 le nom de 17 de ses filiales, remplaçant « Zielpunkt » par « Plus prima leben und sparen ».

49. Le raisonnement développé par la Commission est, à mon avis, convaincant.

50. Voilà une société de droit autrichien à capitaux allemands qui exploite depuis de nombreuses années 139 magasins discount en

Autriche, dont 122 fonctionnent sous le nom de « Zielpunkt » et dont 17 magasins ont été débaptisés au cours de ces dernières années en « Plus prima leben und sparen ».

51. La société a donc manifestement pu prospérer sans se heurter à des obstacles du fait que ses capitaux sont détenus par une société mère allemande. La seule disposition du droit autrichien qui est en cause est l'article 9, paragraphe 1, de l'UWG. Or, comme le souligne, fort justement, la Commission, cette disposition ne comporte pas de réglementation concernant directement le « si » et/ou le « comment » de l'établissement.

52. C'est seulement lorsque Löwa a voulu modifier la dénomination de certains de ses magasins qu'elle s'est heurtée à l'opposition d'une autre firme réclamant un droit de priorité sur une dénomination similaire.

53. La contestation à laquelle doit faire face Löwa n'a aucun rapport avec le fait que ses capitaux soient détenus par une société mère allemande. Rien ne permet de conclure qu'une société à capitaux exclusivement autrichiens, qui aurait également voulu faire usage du mot « Plus », n'aurait pas rencontré la même opposition.

54. Le motif invoqué par Löwa pour changer la dénomination de ses magasins (développement international de la « corporate identity », campagne de publicité couvrant plusieurs pays) n'établit, à mon avis, pas non plus un rapport suffisant avec le principe de la liberté d'établissement. Ce motif concerne les possibilités éventuelles de la société de développer son chiffre d'affaires en faisant usage d'un nom bien connu dans des pays voisins ainsi que d'un certain nombre de citoyens autrichiens ayant voyagé dans ces pays.

55. Or, aucune disposition du droit communautaire n'oblige les États membres à tout faire pour favoriser au maximum les stratégies commerciales jugées les plus prometteuses par les firmes établies chez eux dont le capital est détenu par des ressortissants d'autres États membres, y compris en écartant leur législation nationale en matière de propriété intellectuelle.

56. L'article 52 du traité prévoit, en effet, que « ... La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises et notamment de sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants... ».

57. La portée du passage de l'arrêt Gebhardt, cité par la défenderesse au principal, où il est fait référence aux « mesures nationales sus-

ceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité », peut éventuellement prêter à confusion, comme en témoigne l'argumentation de Löwa, et gagnerait certainement de ce fait à être précisée.

58. On ne saurait, en effet, aboutir à une situation où les États membres seraient obligés de justifier en tant qu'« exigence impérative » toutes sortes de dispositions de leur législation, par exemple leurs taux d'imposition des sociétés ou leurs taux de TVA plus élevés qu'ailleurs, la nécessité de faire usage de la langue nationale dans les rapports avec l'administration ou le principe qu'une marque déposée ou une dénomination commerciale utilisée antérieurement a priorité, chaque fois qu'un opérateur soutiendrait qu'une telle disposition rendrait moins attrayante la liberté d'établissement.

59. Pour qu'une réglementation nationale puisse avoir besoin d'une justification au regard de l'article 52 du traité, il faut qu'elle ait un rapport suffisamment étroit avec la liberté d'établissement. Comme la Commission, je suis d'avis que tel n'est pas le cas en ce qui concerne l'article 9, paragraphe 1, de l'UWG.

60. Pour le cas où vous seriez, malgré tout, de l'avis contraire, je voudrais maintenant examiner le cas d'espèce à la lumière de votre jurisprudence, selon laquelle les obstacles à l'exercice de la liberté d'établissement ne doivent être acceptés que si les mesures nationales, susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité, remplissent quatre conditions.

61. En premier lieu, ces mesures doivent s'appliquer de manière non discriminatoire. Ceci est incontestablement le cas en ce qui concerne l'article 9 de l'UWG. En effet, cette disposition s'applique aussi bien à l'égard d'entreprises nationales que d'entreprises désireuses de s'établir en Autriche. De plus, il ne peut être déduit d'aucun élément du dossier que l'application qui est faite en pratique de cette disposition désavantage les entreprises étrangères par rapport aux entreprises nationales.

62. En second lieu, les mesures en question doivent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. Or, il ressort de l'arrêt Coditel e.a. [15] que la Cour a admis, au titre des raisons impérieuses d'intérêt général, des restrictions découlant de l'application des législations nationales sur la protection de la propriété intellectuelle. Même si la Cour, dans l'arrêt précité, s'était exprimée sur la légitimité de la protection de la propriété intellectuelle pour justifier une restriction à *la libre prestation de services*, il n'en demeure pas moins que cet intérêt doit également être considéré

15 — Arrêt du 18 mars 1980 (62/79, Rec. p. 881, point 15).

comme raison impérieuse d'intérêt général digne de protection dans le cadre d'une restriction à *la liberté d'établissement*.

63. En ce qui concerne, en troisième lieu, la condition selon laquelle la mesure nationale en cause doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit, il convient de relever que la protection de la désignation spécifique de l'entreprise, jouissant d'une priorité, a pour objectif d'éviter que ne se crée, entre les deux entreprises dont la désignation est similaire, un « risque de confusion », de nature à permettre à une entreprise de tirer indûment profit de la similarité entre les deux désignations. Cet objectif est certainement atteint par l'interdiction d'utiliser une dénomination ayant déjà fait l'objet d'une appropriation.

64. Reste à savoir si une telle interdiction remplit la quatrième condition posée par la jurisprudence, à savoir ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé.

65. A ce propos, un élément important à prendre en considération est le fait que Pfeiffer limite sa requête à trois Länder fédéraux de la république d'Autriche. Pourrait, en effet, être considérée comme disproportionnée une interdiction de portée nationale alors que l'entreprise qu'il s'agit de protéger n'opère que sur un marché régional ou local.

66. L'étendue du domaine géographique pour lequel une interdiction pourrait être prononcée constitue, par ailleurs, une question de fait qu'il appartient au juge national de trancher.

67. Löwa fait encore valoir que l'interdiction demandée par Pfeiffer irait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé parce qu'il n'y aurait, en réalité, pas de risque de confusion entre les deux dénominations d'entreprises.

68. Cet argument est au coeur du litige au principal. Mais, ainsi que je l'ai indiqué ci-dessus, le Handelsgericht ne nous demande pas de trancher si, en l'espèce, il y a risque de confusion ni même de préciser la portée, en droit communautaire, de la notion de risque de confusion. Il tient ce risque pour aquis.

69. Löwa ne se satisfait cependant pas de cette situation. Elle voudrait faire accepter par la Cour la thèse selon laquelle la notion de risque de confusion n'est pas à la discrétion des juridictions nationales et qu'elle doit recevoir, en vertu du droit communautaire, une interprétation stricte. Elle entend ainsi obliger la juridiction nationale à admettre l'absence d'un risque de confusion. Löwa fait valoir que, en raison de l'harmonisation du droit des marques réalisée par la directive 89/104, il faudrait tenir compte, aussi bien sur le plan du droit du traité que sur celui du droit communautaire dérivé, de l'objectif du législateur européen qui est d'achever la réalisation du

marché intérieur également dans ce domaine. Pour Löwa, des notions telles que la possibilité de confusion ne pourraient pas être interprétées de manière large pour atteindre cet objectif. Or, selon Löwa, même si la directive ne vise que les marques, alors que, en l'espèce, il faut apprécier le conflit entre deux dénominations d'entreprise, il conviendrait de partir de l'idée d'une notion en principe uniforme du risque de confusion pour tous les signes. Plus particulièrement, Löwa attire l'attention sur le fait qu'elle-même aussi bien que Pfeiffer utilisent toujours les désignations litigieuses avec des ajouts susceptibles, selon elle, de réduire, si ce n'est d'éliminer le risque de confusion.

70. Pfeiffer, de son côté, se fonde sur la jurisprudence de la Cour en matière de marques développée au titre des articles 30 et 36 du traité. Plus particulièrement, elle s'appuie sur l'arrêt Deutsche Renault [16] dont il ressort qu'en matière de marques il revient à la juridiction nationale d'apprécier le risque de confusion. Ce qui vaut pour le conditionnement de la marchandise devrait, selon Pfeiffer, valoir également pour la dénomination d'une entreprise. Un nom d'une grande surface susceptible de confusion devrait être tout aussi interdit que des lignes de produits susceptibles de confusion.

71. Or, comme Pfeiffer, j'estime que la question de savoir si le « danger de confusion » est réel constitue une question de fait qu'il appartient au juge national d'apprécier. En effet, on devrait à cet égard procéder par analogie avec la jurisprudence sur les marques, développée au titre de l'article 36 du traité, et prendre comme exemple l'arrêt Deutsche Renault, précité, dans lequel la Cour a déclaré que la détermination des critères permettant de conclure à un risque de confusion fait partie des modalités de protection du droit à la marque qui relèvent du droit national [17]. De plus, la Cour y a jugé, en réponse à la question de savoir si la notion de risque de confusion devait recevoir une interprétation stricte, que « le droit communautaire n'impose pas un critère d'interprétation stricte du risque de confusion » [18].

72. En citant son avocat général, la Cour justifie cette conclusion dans les termes suivants:

« En effet ... le droit à la marque, en tant que droit exclusif, et la protection contre les signes présentant un risque de confusion sont en substance les deux faces d'une même médaille: réduire ou étendre la portée de la protection contre le risque de confusion ne signifie rien d'autre que réduire ou étendre la portée du droit à la marque. La réglementation de l'un et de l'autre aspect doit, par conséquent,

16 — Arrêt du 30 novembre 1993 (C-317/91, Rec. p. I-6227).

17 — Point 31.

18 — Point 32.

procéder d'une source unique et homogène qui, dans la situation actuelle, est l'ordre juridique national » [19].

73. La Cour rappelle, évidemment, que le droit national est soumis aux limites énoncées à la deuxième phrase de l'article 36 du traité [20]. Aux termes de cette disposition, les interdictions ou restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale ne doivent « constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre États membres ».

74. Plus particulièrement, la Cour a observé « que la question de savoir si l'utilisation des mots 'quattro' et 'Quadra' dans des dénominations composées telles que 'Audi quattro' et 'Espace Quadra' suffit à exclure le risque de confusion, en dépit du haut degré de notoriété qui serait éventuellement constaté au sujet de la dénomination 'quattro', relève de l'appréciation de la juridiction nationale ».

75. En transposant ce raisonnement à l'espèce dont nous sommes saisis, on peut également dire que les modalités de protection du droit à une désignation spécifique d'entreprise, dont fait partie la notion du risque ou danger de confusion, relèvent, en l'absence d'une harmonisation en droit communautaire, du droit national.

76. Par conséquent, la question de savoir si l'utilisation par Löwa de la désignation spécifique « Plus », avec ou sans adjonction, est susceptible de créer un risque de confusion avec la désignation qu'utilise Pfeiffer depuis 1969 devrait être laissée à l'appréciation du juge national.

77. Pour conclure au sujet de l'argument tiré par Löwa de la quatrième condition posée par la jurisprudence de la Cour en matière d'exigences impératives, il me suffira de constater qu'une interdiction faite à Löwa d'utiliser la désignation d'entreprise litigieuse n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi du moment que le juge national parvient (ou en reste) à la conclusion qu'un risque de confusion existe effectivement.

78. Pour toutes les raisons développées ci-dessus, je considère que l'article 52 du traité ne s'oppose pas à une interdiction d'utiliser une désignation spécifique d'entreprise dans des circonstances telles que celles du litige au principal.

19 — Point 31.
20 — Point 33.

Conclusion

79. Au terme de cette analyse, je vous propose donc de libeller votre réponse à la question posée par le Handelsgericht Wien de la manière suivante:

« Les dispositions des articles 30 et 52 du traité CE sont à interpréter en ce sens qu'elles ne s'opposent pas, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, à l'application de dispositions nationales qui imposent de protéger, au regard de désignations spécifiques d'entreprises présentant un danger de confusion, celle que son antériorité rend prioritaire, et donc d'interdire à une entreprise l'emploi, dans trois Länder de la république d'Autriche, d'une désignation spécifique d'entreprise, sous laquelle apparaissent licitement des sociétés faisant partie de son groupe dans d'autres États membres. »