CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 26 octobre 2006 [1]

I — Introduction

1. L'Oberster Patent- und Markensenat (chambre supérieure autrichienne des brevets et des marques) de Vienne, l'autorité administrative suprême autrichienne compétente pour connaître de certains litiges en matière de brevets et de marques, a soumis à la Cour de justice deux questions préjudicielles relatives à la directive 89/104/CEE [2].

2. Le contentieux porte sur l'obligation d'usage de la marque sous deux de ses aspects: d'un côté, celle du point de départ du délai pendant lequel cette obligation est suspendue après l'enregistrement de la marque et, d'un autre côté, celle des motifs justifiant cette inactivité pendant plus de cinq ans, qui paralysent les droits des tiers à invoquer la déchéance de la marque non utilisée pendant ce temps.

3. La solution requiert une analyse, pour la première fois, de certaines expressions contenues dans les articles 10, paragraphe 1, et 12, paragraphe 1, de la directive communautaire précitée. Toutefois, comme c'est la première fois que la chambre de renvoi recherche l'assistance judiciaire prévue à l'article 234 CE et qu'elle n'appartient pas à l'ordre judiciaire autrichien, il convient de procéder, préalablement à l'examen de fond des questions, à une analyse de sa capacité à demander à la Cour son assistance pour l'interprétation d'un texte.

II — Cadre juridique

A — *La directive 89/104*

4. L'article 10, paragraphe 1, de cette directive, intitulé «Usage de la marque», prévoit que:

«Si, dans un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la procédure d'enregistrement

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Première directive du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 40, p. 1).

est terminée, la marque n'a pas fait l'objet par le titulaire d'un usage sérieux dans l'État membre concerné pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée, ou si un tel usage a été suspendu pendant un délai ininterrompu de cinq ans, la marque est soumise aux sanctions prévues dans la présente directive, sauf juste motif pour le non-usage.»

5. Pour harmoniser la déchéance des marques enregistrées, l'article 12, paragraphe 1, de ladite directive dispose que:

«Le titulaire d'une marque peut être déchu de ses droits si, pendant une période ininterrompue de cinq ans, la marque n'a pas fait l'objet d'un usage sérieux dans l'État membre concerné pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée et qu'il n'existe pas de justes motifs pour le non-usage [...]»

B — *La loi autrichienne sur les marques*

6. En vertu de l'article 33a, paragraphe 1, de la loi autrichienne sur les marques (Markenschutzgesetz) [3], toute personne peut demander l'annulation d'une marque enregistrée depuis au moins cinq ans en Autriche ou y bénéficiant d'une protection conformément à l'article 2, paragraphe 2, dès lors que cette marque n'a pas fait l'objet sur le territoire autrichien d'un usage distinctif sérieux ni par son titulaire ni par un tiers autorisé par celui-ci, pour les produits et services pour lesquels elle est enregistrée, dans les cinq années précédant le jour de la demande (article 10a de la loi), lorsque son titulaire ne justifie pas du non-usage.

7. L'article 2, paragraphe 2, de cette même loi étend l'application, par analogie, aux droits de marque acquis pour le territoire autrichien en vertu d'accords internationaux.

8. Par conséquent, selon la chambre de renvoi, il résulte de l'article 33a, paragraphe 1, de la loi sur les marques, combiné avec l'article 2, paragraphe 2, de cette même loi que, pour les marques internationales protégées en Autriche, le point de départ du délai de cinq ans coïncide avec le début de la durée de la protection.

C — *Le droit international*

9. Parmi les traités multilatéraux applicables dans le cadre du présent renvoi préjudiciel

3 — Markenschutzgesetz 1970, BGBl. 260/1970, dernière modification au BGBl. I, 151/2005.

figurent la convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle [4] (ci-après la «convention de Paris»), l'arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques [5] («ci-après l'«arrangement de Madrid») et l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce [6] (ci-après l'«accord ADPIC»).

10. L'article 5, C, paragraphe 1, de la convention de Paris prévoit que:

«Si, dans un pays, l'utilisation de la marque enregistrée est obligatoire, l'enregistrement ne pourra être annulé qu'après un délai équitable et si l'intéressé ne justifie pas des causes de son inaction.»

11. Pour sa part, l'arrangement de Madrid pose en son article 4 le principe de l'égalité de la protection des marques internationales avec celle des marques nationales dans les pays pour lesquels l'enregistrement est effectué au Bureau international. Dans son article 5, il reconnaît aux administrations nationales la faculté de refuser cette protection dans les conditions prévues par la convention de Paris (paragraphe 1) dans le délai prévu par leur loi nationale, délai qui ne doit pas dépasser un an (paragraphe 2).

12. Enfin, l'article 19 de l'accord ADPIC mentionne l'obligation d'usage dans les termes suivants:

«1. S'il est obligatoire de faire usage d'une marque de fabrique ou de commerce pour maintenir un enregistrement, l'enregistrement ne pourra être radié qu'après une période ininterrompue de non-usage d'au moins trois ans, à moins que le titulaire de la marque ne donne des raisons valables reposant sur l'existence d'obstacles à un tel usage. Les circonstances indépendantes de la volonté du titulaire de la marque qui constituent un obstacle à l'usage de la marque, par exemple des restrictions à l'importation ou autres prescriptions des pouvoirs publics visant les produits ou les services protégés par la marque, seront considérées comme des raisons valables justifiant le non-usage.»

III — Litige au principal et questions préjudicielles

13. Lidl exploite depuis 1973 une chaîne de supermarchés en Allemagne, ne commercia-

4 — Signée à Paris le 20 mars 1883, révisée en dernier lieu à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979.

5 — Signé à Madrid le 14 avril 1891, révisé à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifié le 28 septembre 1979.

6 — Négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) — Accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech (Maroc), le 15 avril 1994 — Annexe 1 C — Commerce — Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (OMC) (JO L 336, p. 214).

lisant des plats préparés portant la marque «Le Chef DE CUISINE» que dans ses propres supermarchés. Elle est titulaire de cette marque figurative et verbale, inscrite pour les classes 29 et 30 de l'arrangement de Nice [7], marque protégée depuis le 8 juillet 1993 en Allemagne et comme marque internationale depuis le 12 octobre 1993 en Autriche. Elle a été publiée au registre international avec la mention:

«Date d'enregistrement en application de la règle 17.1) du règlement d'exécution du 22 avril 1988: 2 décembre 1993» [8].

14. Lidl a ouvert son premier supermarché en Autriche le 5 novembre 1998, après avoir discuté en interne de la présentation des produits, recherché l'accord de ses fournisseurs et emmagasiné les produits qui lui ont été livrés.

15. Le 13 octobre 1998, M. Armin Häupl a demandé l'annulation de la marque litigieuse pour le territoire autrichien pour non-usage, conformément à l'article 33a de la loi sur les marques précitée, au motif que le délai de cinq ans avait commencé à courir le 12 octobre 1993, date à laquelle a débuté la période de protection. Il soutenait que Lidl n'avait pas utilisé la marque dans cet État dans ce délai.

16. Lidl a conclu au rejet de cette demande d'annulation, en se fondant sur le fait que la computation des cinq années avait débuté le 2 décembre 1993, et qu'elle ne se terminait donc que le 2 décembre 1998. Elle indiquait aussi qu'à cette dernière date elle avait déjà mis en vente des produits portant la marque contestée dans son premier supermarché autrichien. Elle ajoutait que depuis 1994 elle avait prévu d'étendre ses activités en Autriche, mais que l'ouverture des nouveaux magasins avait été retardée en raison d'obstacles «bureaucratiques».

17. La division de l'annulation de l'Office national des brevets et des marques a annulé la marque pour le territoire autrichien à compter du 12 octobre 1998.

18. Lidl a attaqué cette décision devant l'Oberster Patent- und Markensenat, lequel, ayant des doutes quant à l'interprétation de la législation nationale en opposition avec le droit communautaire, a décidé de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes, en application de l'article 234 CE:

«1) L'article 10, paragraphe 1, de la directive 89/104/CEE doit-il être interprété en ce

7 — Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, révisé et modifié.

8 — En français dans le texte original.

sens que les termes 'date à laquelle la procédure d'enregistrement est terminée' vise le début de la période de protection?

2) L'article 12, paragraphe 1, de la directive sur les marques doit-il être interprété en ce sens qu'il existe de justes motifs pour le non-usage de la marque lorsque la mise en œuvre de la stratégie d'entreprise suivie par le titulaire de la marque est retardée par des causes externes à l'entreprise, ou le titulaire de la marque est-il tenu de modifier sa stratégie pour pouvoir utiliser la marque en temps utile?»

IV — Procédure devant la Cour

19. La décision de renvoi des questions préjudicielles est parvenue au greffe de la Cour le 10 juin 2005.

20. M. Häupl, la société Lidl, les gouvernements français et autrichien, ainsi que la Commission des Communautés européennes ont présenté des observations écrites dans le délai fixé par l'article 23 du statut de la Cour de justice, chacun, à l'exception du gouvernement autrichien, ayant formulé des observations orales à l'audience du 21 septembre 2006.

V — Analyse des questions préjudicielles

A — *Question préliminaire: sur la recevabilité*

21. Il convient de souligner que, dans les observations écrites, aucune réserve n'a été formulée quant à la recevabilité des questions posées par l'Oberster Patent-und Markensenat. Toutefois, étant donné que c'est la première fois qu'il recourt à l'article 234 CE, il paraît opportun d'examiner d'office s'il présente le caractère de «juridiction» d'un État membre requis par cette disposition.

22. Dans des conclusions antérieures [9], j'ai souligné la précision insuffisante, dans les arrêts de la Cour, de la notion de juridiction visée à l'article 234 CE, proposant d'inclure dans cette définition tous les organes faisant partie de l'organisation judiciaire d'un État membre, ainsi que ceux qui, sans faire partie de ces structures, rendent des décisions non susceptibles de recours judiciaire [10], en appliquant rigoureusement dans ce cas les critères énumérés dans sa jurisprudence et dans celle de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier ceux de l'indépendance et du caractère contradictoire de la procédure [11].

9 — Conclusions présentées le 28 juin 2001 dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 29 novembre 2001, De Coster (C-17/00, Rec. p. I-9445).

10 — Points 83 et suiv. des conclusions précitées à la note 9.

11 — Ibidem, point 89.

23. J'ai aussi souligné dans d'autres conclusions [12] la tendance récente de la jurisprudence de la Cour à une exégèse plus stricte des traits descriptifs de ces entités, notamment en ce qui concerne le critère de leur indépendance [13], plus conforme à mon point de vue, encourageant la poursuite de cette évolution dans les autres lignes caractéristiques.

24. L'Oberster Patent- und Markensenat ne paraît pas faire partie de l'organisation judiciaire autrichienne, mais plutôt appartenir à la catégorie des «autorités collégiales indépendantes à caractère judiciaire» [14], auxquelles fait référence l'article 133, paragraphe 4, de la constitution autrichienne, et au sujet desquelles la Cour s'est prononcée lors de précédentes affaires [15], ce qui impose une analyse détaillée des critères en vertu desquels il est habilité à recourir au renvoi préjudiciel.

25. L'origine légale de la chambre de renvoi ne fait pas de doutes, puisqu'elle est mentionnée aux articles 74 et 75 de la loi autrichienne sur les brevets (Patentgesetz) [16] et que son article 140 régit son fonctionnement, qui renvoie aux principes de la procédure en matière de brevets (articles 113 à 127, et 129 à 136 de la même loi).

26. Son caractère permanent se déduit de la rédaction de l'article 70, paragraphe 2, deuxième phrase, de la loi autrichienne sur les brevets, qui prévoit qu'elle est compétente pour connaître des recours dirigés contre les décisions de la chambre des recours (Beschwerdeabteilung) de l'Office autrichien des brevets et des marques, sans aucune limitation dans le temps.

27. On déduit aussi de cet article que son intervention a un caractère obligatoire, puisque sa compétence n'a pas de caractère optionnel, contrairement à celle des juridictions arbitrales [17], mais qu'elle est la seule

12 — Conclusions présentées dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 30 mars 2006, Emanuel (C-259/04, Rec. p. I-3089), point 26.

13 — Arrêt du 30 mai 2002, Schmid (C-516/99, Rec. p. I-4573), avec les conclusions de l'avocat général Tizzano, et arrêt du 31 mai 2005, Syfait e.a. (C-53/03, Rec. p. I-4609), qui a déclaré irrecevable le renvoi préjudiciel introduit par la commission hellénique de la concurrence (Epitropi Antagonismou), en soulignant son indépendance insuffisante, celle-ci étant placée sous la tutelle du ministre du Développement grec.

14 — «Weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag» en allemand.

15 — Arrêts du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Rec. p. I-73), concernant le Bundesvergabeamt (bureau fédéral de contrôle des adjudications); du 4 février 1999, Köllensperger et Atzwanger (C-103/97, Rec. p. I-551), concernant le Tiroler Landesvergabeamt (bureau tyrolien de contrôle des adjudications), et du 18 juin 2002, HI (C-92/00, Rec. p. I-5553), sur le Vergabekontrollsenat des Landes Wien (commission de contrôle des adjudications du Land de Vienne), qui ont reconnu l'aptitude de ces entités à faire usage du mécanisme de coopération judiciaire de l'article 234 CE. En sens contraire, et concernant le Berufungssenat der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland (chambre d'appel de la direction régionale des finances pour Vienne, la Basse-Autriche et le Burgenland), voir arrêt Schmid, précité, points 36 à 44.

16 — BGBl. 259/1970, modifié pour la dernière fois par la loi parue au BGBl. I 96/2006.

17 — Arrêt du 23 mars 1982, Nordsee (102/81, Rec. p. 1095, points 7 et suiv.).

légalement prévue lorsqu'une personne veut attaquer une décision d'annulation rendue par l'Office national des brevets et des marques [18].

28. Il n'y a pas non plus lieu d'avoir de doutes quant à son indépendance, le paragraphe 9 de l'article 74 précité insistant sur cette condition et sur l'indépendance complète des membres de l'Oberster Patent- und Markensenat à l'égard de toute instruction qu'ils pourraient recevoir. De plus, les paragraphes 6 et 7 fixent la durée de leur mandat et les causes pour lesquelles il peut prendre fin, qui sont liées à des cas extrêmes tels que l'incapacité, la perte de la nationalité autrichienne ou la condamnation pour des délits sanctionnés par des peines privatives de liberté de plus d'un an.

29. De toutes ces dispositions de la loi sur les brevets, on déduit clairement que la chambre en question applique des règles de droit et une procédure contradictoire, conformément aux articles 113 à 127, et 129 à 136 de ladite loi, applicables en vertu de son article 140, paragraphe 1.

30. Elle statue aussi en dernier ressort [19], conformément à l'article 133, paragraphe 4, de la Constitution fédérale autrichienne, et ses décisions revêtent un caractère juridictionnel, au sens que donne à cette expression la Cour [20].

31. Par conséquent, l'Oberster Patent- und Markensenat répond aux conditions exigées par la jurisprudence d'un organe juridictionnel national [21] pour lui permettre de recourir à la procédure de renvoi préjudiciel de l'article 234 CE, ce qui autorise donc la Cour à examiner les questions dont il l'a saisie, conformément à une vue largement partagée par la doctrine autrichienne [22].

B — *Sur le fond des questions préjudicielles*

32. On déduit de la formulation des deux questions préjudicielles que la seconde

18 — L'article 133 de la Constitution fédérale autrichienne résout le problème de la compétence du Verwaltungsgerichtshof (Cour suprême administrative) pour trancher les litiges dans les mêmes matières que la chambre de renvoi, incertitude à laquelle aboutissaient ses prérogatives dans le domaine de l'enregistrement ou de la concession d'un droit de marque. La doctrine a critiqué cette attribution complexe de compétences à différents organes juridictionnels au sein de la même branche du droit: voir ainsi Beetz, R., «Article 39», dans l'ouvrage collectif intitulé *Marken.schutz — Systematischer Kommentar zum Markenschutzgesetz*, sous la direction de Guido Kucsko, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Vienne, 2006, p. 660

19 — Il faut relever que, selon ce que j'ai proposé dans les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire De Coster, précitée, le fait de rendre des décisions non susceptibles de recours revêt une importance fondamentale puisque, si l'organe en question ne fait pas partie de la structure judiciaire autrichienne, l'impossibilité de contester ses décisions, mise à part la possibilité limitée de les porter devant la Cour fédérale constitutionnelle, le rendrait recevable à procéder à un renvoi préjudiciel.

20 — Ne font pas partie de cette notion: selon l'arrêt du 19 octobre 1995, Job Centre (C-111/94, Rec. p. I-3361, point 9), les procédures à caractère gracieux; selon l'arrêt du 15 janvier 2002, Lutz e.a. (C-182/00, Rec. p. I-547, points 15 et 16), la tenue d'un registre de commerce par les juridictions nationales allemandes, et selon l'arrêt du 14 juin 2001, Salzmann (C-178/99, Rec. p. I-4421), la fonction de tenue du livre foncier, par certaines juridictions autrichiennes.

21 — Voir arrêts du 17 septembre 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961, point 23 et jurisprudence citée), ainsi que Schmid, précité, point 34.

22 — Voir Hackenberg, W., et Stix-Hackl, Ch., *Handbuch zum Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof*, 2e édition, Vienne, 2000; ainsi que Beetz, R., op. cit., p. 664, qui affirme sans détour que l'Oberster Patent- und Markensenat doit être considéré comme une juridiction au sens de l'article 234 CE.

question a un caractère subsidiaire par rapport à la première, au moins dans le cadre du litige au principal, puisque, au cas où l'interprétation proposée de l'article 10, paragraphe 1, de la directive 89/104 résoudrait le litige en faveur du titulaire du droit sur la marque litigieuse, l'examen des justifications du non-usage de la marque conformément à l'article 12 serait dépourvu d'objet.

35. Nonobstant cela, il faut revenir à la source du problème et nuancer la véritable dimension de la discussion, en évitant de confondre des notions qui, bien qu'elles puissent être similaires, ne sont pas nécessairement concomitantes, comme j'entends le montrer par la suite, en me fondant sur deux arguments: l'extension de l'unification des législations par la directive 89/104 et la nature de l'obligation d'usage des marques enregistrées.

1. Exégèse de l'article 10, paragraphe 1, de la directive 89/104

i) Portée de l'harmonisation en matière de marques

33. Même si le litige porte sur une marque internationale, je donnerai à mon analyse une optique strictement limitée au droit communautaire, pour aborder les problèmes éventuels découlant de l'enregistrement au bureau de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).

36. Le troisième considérant de la directive 89/104 manifeste la volonté de ne pas rapprocher totalement les législations des États membres en matière de marques, mais de limiter le rapprochement aux dispositions nationales ayant l'incidence la plus directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

a) Sens de l'expression «date à laquelle la procédure d'enregistrement est terminée»

34. Dans les observations qui ont été déposées dans le cadre de cette procédure préjudicielle, le débat s'est concentré, en grande partie, sur la coïncidence entre cette date et le début de la protection de la marque, sans doute en raison du fait que, dans sa décision de renvoi préjudiciel, la chambre de renvoi était favorable à cette concomitance.

37. Ainsi, la directive 89/104 régit de manière exhaustive les signes susceptibles de constituer une marque et leur aptitude à être enregistrés (articles 2, 3 et 4); les droits conférés par l'enregistrement et ses limites (articles 5 à 9); l'obligation d'usage sous tous ses aspects (articles 10, 11 et 12); certains cas spéciaux de refus, de nullité et de déchéance (articles 13 et 14), et certains types précis de marques (article 15).

38. Conséquence de cette limitation du rapprochement à certains domaines, il reste un large éventail de questions dans lesquelles, conformément au cinquième considérant, les États membres gardent toute liberté pour fixer les dispositions de procédure concernant l'enregistrement, la déchéance ou la nullité des marques acquises par l'enregistrement; qu'il leur appartient, par exemple: de déterminer la forme des procédures d'enregistrement et de nullité; de décider si les droits antérieurs doivent être invoqués dans la procédure d'enregistrement ou dans la procédure de nullité, ou dans les deux; ou encore, dans le cas où des droits antérieurs peuvent être invoqués dans la procédure d'enregistrement, de prévoir une procédure d'opposition ou un examen d'office. Les États membres conservent, de plus, la faculté de déterminer les effets de la déchéance ou de la nullité des marques.

39. Il n'est pas étonnant, par conséquent, que le traitement accordé dans les législations nationales à toutes ces questions accuse des différences notables, ce qui explique les disparités dans les solutions proposées par les parties à la procédure préjudicielle, fortement influencées par les particularités de l'ordre juridique dont elles relèvent.

40. Pour résumer et en simplifiant beaucoup la panoplie des régimes selon le lieu de l'enregistrement de la marque, on distingue au moins trois modèles: les systèmes dans lesquels l'enregistrement des marques s'effectue avant même l'examen des motifs absolus et relatifs de refus d'enregistrement; ceux qui le font intervenir entre ces deux examens; et ceux qui attendent que soient achevées les recherches pour enregistrer les signes susceptibles de servir de marque. C'est ce dernier système qui est le plus répandu en Europe.

41. Les propositions avancées devant la Cour lient fréquemment le point de départ du délai pour faire usage de la marque avec le moment auquel le détenteur en a obtenu la pleine propriété définitivement, c'est-à-dire libre de tout risque de perte éventuelle du fait de réclamations de tiers ou de l'office national des marques. Selon elles, l'obligation d'usage du signe n'apparaît qu'une fois écartées toutes les incertitudes qui menacent son enregistrement.

42. Toutefois, la manière dont est formulée la question préjudicielle, en reliant la «date à laquelle la procédure d'enregistrement est terminée» avec le «début de la période de protection», a engagé le débat sur une voie trompeuse, en l'orientant dans la mauvaise direction.

43. Selon moi, pour bien comprendre l'expression examinée ici, il faut dégager la voluntas legislatoris de la disposition en cause, conformément aux observations suivantes.

44. En premier lieu, le texte législatif part justement de la diversité que nous venons d'évoquer des systèmes dans les pays de l'Union européenne, pour se fixer sur l'élément commun le plus caractéristique, l'universalité de la procédure d'enregistrement des marques, qui se termine toujours, lorsque la marque est reconnue, par son enregistrement, en vertu d'une décision de l'office des marques compétent, décision qui sera nécessairement datée et accompagnée, d'ordinaire, de la notification à l'intéressé et de la publication indispensable.

45. En deuxième lieu, la directive ne définit pas avec rigueur le moment où se termine cette procédure d'enregistrement, fondamentalement parce qu'elle respecte, faisant ainsi preuve d'une précaution remarquable, la répartition de compétence à laquelle il est fait allusion en son cinquième considérant. Il revient donc aux États membres de déterminer quand prend fin la procédure d'enregistrement dans leurs offices des marques, en précisant si elle intervient avant ou après l'examen des motifs de rejet de la marque ou si elle comprend aussi la publicité.

46. En troisième lieu, consciente des disparités existant entre les législations nationales, la directive 89/104 n'a pas pris la jouissance pleine et entière de la marque comme le point de départ du délai de prescription; en effet, cela n'aurait rien harmonisé, puisque, selon les systèmes juridiques, le point de départ de ladite obligation serait soit reporté jusqu'à exclure toutes les oppositions de tiers, soit appliqué rétroactivement à la date de la demande d'enregistrement, si l'ordre juridique national prévoyait cette fiction juridique.

47. En revanche, la directive 89/104 ne se préoccupe pas du moment exact auquel est considérée comme terminée la procédure d'enregistrement, sa détermination incombant au législateur national, parce que parmi les dates que l'on pourrait retenir (celle de l'enregistrement; celle de sa notification à l'intéressé et celle de sa publication) il ne s'écoulera jamais un laps de temps assez long pour remettre en cause la sécurité juridique ou l'objectif d'unification de la directive communautaire.

48. Ces observations se comprennent mieux si l'on prête attention à la signification véritable de l'obligation de faire usage de la marque.

ii) L'obligation d'usage

49. Il convient de préciser ce que l'on entend par obligation d'usage, étant donné que la directive 89/104 prévoit une période de carence durant laquelle le propriétaire de la marque doit commencer à l'utiliser

commercialement, faute de quoi, une fois cette période écoulée, son droit sur la marque pourra lui être contesté en raison de son inactivité [23].

50. Indépendamment des divergences entre les différentes législations nationales, ce mécanisme juridique poursuit le même objectif dans tous les systèmes juridiques: adapter le nombre de marques enregistrées à celui de celles qui sont employées et qui remplissent leur fonction économique sur le marché [24], en rapprochant la réalité des registres de celle des échanges commerciaux, puisque, ainsi que j'ai eu l'occasion de le souligner à une autre occasion, les offices des marques ne sont pas les simples dépositaires de marques déposées en réserve, dans l'attente que quelque audacieux s'aventure à les utiliser, au risque que le titulaire ne vienne alors s'en prévaloir dans un but, pour le moins, spéculatif. Ils doivent au contraire être les fidèles reflets de la réalité, des indications que les entreprises diffusent dans le commerce pour distinguer leurs produits et leurs services. Dans les offices de la propriété industrielle ne doivent être déposées que les marques qui participent à la vie des affaires [25].

51. Cette obligation vise en outre à faciliter aux tiers l'accès à l'enregistrement [26], ainsi que cela ressort du texte de la directive 89/104, qui interdit d'invoquer une marque enregistrée, mais qui n'a pas été utilisée pendant plus de cinq ans, comme cause de nullité d'une autre marque identique ou similaire, ou pour s'opposer à son enregistrement (article 11, paragraphes 1 et 2).

52. Le huitième considérant de la directive 89/104 se fait également l'écho de ces deux propositions, déclarant que, «[...] pour réduire le nombre total des marques enregistrées et protégées dans la Communauté et, partant, le nombre des conflits qui surgissent entre elles, il importe d'exiger que les marques enregistrées soient effectivement utilisées sous peine de déchéance [...]».

53. En somme, l'obligation d'usage se présente juridiquement sous deux faces: elle représente, d'un côté, une charge imposée ex lege au titulaire récent d'un droit de propriété intellectuelle de cette catégorie; de l'autre, les pouvoirs et les droits des tiers au cas où cette obligation n'est pas respectée.

54. À la lumière de cette nature duale, il n'est pas difficile de comprendre que la date à laquelle se termine la procédure d'enregistrement est celle qui respecte le mieux les

23 — Bous, U., «§25 Ausschluß von Ansprüchen bei mangelnder Benutzung», dans Ekey, F. L., et Klippel, D., *Heidelberger Kommentar zum Markenrecht*, éd. C. F. Müller, Heidelberg, 2003, p. 370, souligne la possible confusion dans la législation allemande.

24 — Fezer, K.-H., *Markenrecht*, éd. C. H. Beck, 3e édition, Munich, 2001, p. 1191.

25 — Voir les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 11 mars 2003, Ansul (C-40/01, Rec. p. I-2439), point 42. Voir aussi point 36 de l'arrêt.

26 — Fernandez-Novoa, C., *Tratado sobre Derecho de Marcas*, éd. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 454.

intérêts des uns et des autres. L'enregistrement faisant foi, le titulaire du droit de propriété intellectuelle est en mesure de calculer le délai qui lui est imparti et de planifier sa stratégie commerciale. Au contraire, lier la détermination de cette date aux aléas de l'opposition de concurrents, comme le prévoient les systèmes dans lesquels les motifs de rejet de la marque sont traités après l'enregistrement, entraînerait une trop grande incertitude en ce qui concerne la date à laquelle commence à courir l'obligation non seulement pour le titulaire et l'opposant, mais aussi et surtout pour les tiers, étrangers à ce contentieux.

55. De tels inconvénients surgiraient si l'on admettait la fiction consistant à lier la fin de la procédure avec le début de la protection, comme le permettent les systèmes qui reposent sur cet artifice juridique pour protéger le titulaire rétroactivement à compter de la demande d'enregistrement. Dans cette hypothèse, l'usage effectif de la marque est requis dès la simple demande présentée à l'office de la propriété intellectuelle national, solution critiquable, car, d'un côté, elle imposerait une obligation à celui qui ne justifie d'aucun droit et, de l'autre côté, elle le priverait du délai franc de cinq ans, du simple fait qu'il a obtenu un droit de propriété industrielle, sans lui donner la possibilité de contrôler la durée de la procédure en vertu de laquelle ce droit exclusif lui a été conféré.

56. Pour cette raison, la date à laquelle se termine la procédure d'enregistrement, par son caractère objectif et facilement vérifiable par toutes les parties intéressées, garantit le mieux la sécurité juridique indispensable. Elle s'impose, ainsi, comme la date la mieux appropriée comme point de départ de la computation du délai de cinq ans dans lequel l'obligation d'usage doit être satisfaite; elle coïncidera en outre, généralement, avec l'enregistrement, dont la notification marque le point de départ de cette obligation pour le titulaire de la marque, mais n'est pas nécessairement liée au point de départ de la jouissance pleine et entière du droit de marque acquis.

57. Après cette exégèse du droit communautaire, il convient d'analyser les répercussions de la marque internationale sur ces réflexions.

b) La marque internationale

58. Ni l'arrangement de Madrid ni le traité qu'il complète, la convention de Paris, ne comprennent de dispositions régissant l'obligation d'usage de la marque. Le premier ne contient aucune règle à ce sujet, tandis que le second, en son article 5, C, paragraphe 1, impose aux États contractants de subordonner cette obligation à l'expiration d'un délai «équitable» et à la possibilité pour l'intéressé de justifier de son inaction. Rien n'est prévu, cependant, en ce qui concerne le point de départ de ce délai, ce qui fait que, le droit national s'appliquant, le droit communautaire produit aussi des effets, et donc la directive 89/104.

59. Il ne faudrait cependant pas en tirer des conclusions précipitées, puisque l'arrangement de Madrid organise bien un système d'enregistrement dont les caractéristiques essentielles méritent d'être décrites [27].

60. Par ce mécanisme d'application mondiale, les entreprises ont la possibilité d'obtenir, par un enregistrement unique, la protection de la marque du pays d'origine dans autant d'États contractants qu'elles le souhaitent. La protection des marques enregistrées au siège de l'OMPI à Genève est déterminée par les principes de territorialité et d'égalité de traitement, de telle sorte que les marques pour lesquelles est demandée l'extension à d'autres pays contractants doivent bénéficier des mêmes garanties que les marques nationales [28].

61. Le formulaire de demande est remis par l'administration du pays d'origine de la marque que l'on souhaite déposer comme marque internationale [29]; cette administration procède alors à un examen sommaire des documents remis par l'intéressé pour s'assurer, en particulier, que la marque figure au registre national au nom du demandeur et pour les produits et services indiqués dans l'imprimé; elle vérifie, ensuite, les droits du demandeur et qu'il a correctement respecté la procédure, en fournissant les documents pertinents [30].

62. Une fois qu'il a reçu le dossier, le Bureau international contrôle uniquement les aspects formels et le paiement des taxes en application de l'arrangement de Madrid et de son règlement d'exécution [31]. Si les conditions sont réunies, il procède à l'enregistrement de la marque au registre international. Mais le Bureau international ne vérifie pas si la marque objet de la demande mérite protection dans les pays contractants demandés, ce contrôle relevant de la compétence de ces pays [32], dans le délai maximal d'un an à compter de la date de l'enregistrement [33].

63. En résumé, la marque internationale substitue l'obligation d'enregistrement dans chacun des pays pour lesquels la protection est demandée par une seule demande

27 — Je me réfère uniquement, ci-après, à l'arrangement de Madrid et non à son protocole, adopté lui aussi à Madrid le 27 juin 1989 et qui, malgré son intitulé, est un nouveau traité international, même si son contenu est très comparable à celui de l'arrangement de Madrid. Ce deuxième accord a permis d'obtenir l'adhésion de certains pays qui reprochaient à l'arrangement son manque de souplesse, en ce qu'il n'admettait pas la possibilité d'inscrire au registre international des demandes de marques déposées dans les offices des marques nationaux. Le protocole est entré en vigueur le 1er décembre 1995. Voir Fezer, K. H, op. cit., p. 2027 et suiv.

28 — C'est ce que prescrit l'article 4, paragraphe 1, de l'arrangement de Madrid.

29 — Article 3, paragraphe 1, de l'arrangement de Madrid.

30 — Pour plus de détails, voir Botana Agra, J. M., «Las marcas internacionales», dans Navarro Chinchilla, J. J. et Vazquez Garcia, R. J., (sous la direction de), Estudios sobre marcas, éd. Comares, Granada, 1995, p. 37 et suiv.

31 — Actuellement, il existe un règlement d'exécution commun à l'arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques et au protocole relatif à cet arrangement (texte en vigueur depuis le 1er avril 2004), que l'on peut consulter à l'adresse suivante: http://www.wipo.int/madrid/fr/legal_texts/common_regulations.htm.

32 — Article 5, paragraphe 1, de l'arrangement de Madrid.

33 — Article 5, paragraphe 2, de l'arrangement de Madrid.

introduite auprès du Bureau international à Genève, donnant ainsi aux titulaires de ces droits de propriété industrielle les moyens de se protéger des attaques illicites de concurrents déloyaux ou de pirates chevronnés au-delà des frontières.

64. Pour répondre à la question préjudicielle, il faut donc vérifier la date à laquelle a eu lieu l'enregistrement international.

65. L'article 3, paragraphe 4, de l'arrangement de Madrid institue un régime de solutions subsidiaires pour fixer le jour de l'enregistrement, à savoir: le critère général est celui du jour de la présentation de la demande auprès du Bureau international; exceptionnellement, il sera avancé à la date de réception du formulaire par l'administration compétente du pays d'origine, si cette dernière le transmet au Bureau international dans les deux mois qui suivent; enfin, en cas d'irrégularités, l'enregistrement international portera la date à laquelle le dernier des éléments manquants est parvenu au Bureau international [34].

66. On déduit de ce qui précède que non seulement l'obligation d'usage dépend toujours de la législation nationale, laquelle, dans la Communauté européenne, est partiellement harmonisée de la manière que nous avons décrite, mais aussi que, à compter de la date de l'enregistrement international, la marque est protégée, même si cette protection est subordonnée à l'expiration du délai d'un an accordé aux États contractants désignés dans chaque formulaire pour refuser la protection demandée sur leur territoire, ce qui démontre qu'il n'est pas nécessaire non plus d'attendre que coïncident la date d'enregistrement et celle du point de départ de la pleine jouissance de ces droits de propriété industrielle. En outre, comme l'enregistrement au Bureau international de la marque protégée «est substitué», selon la terminologie de l'article 4 bis de l'arrangement de Madrid, aux enregistrements nationaux, ne donnant donc pas lieu à un enregistrement proprement dit de la marque internationale auprès des offices nationaux, qui n'en sont qu'informés, l'unique manière fiable de vérifier que la procédure d'enregistrement international s'est terminée serait de reconnaître que la date de l'enregistrement auprès du Bureau international met fin à cette procédure.

67. Cette date coïncide avec le point de départ du délai de grâce relatif à l'obligation d'usage, conformément à la directive 89/104. L'effort manifeste de la législation internationale pour rapprocher les deux dates, la date nationale et la date internationale, plaide également en faveur de la solution que je préconise, puisque, si l'on acceptait ce qui a été proposé dans les observations déposées dans le cadre de cette demande de décision préjudicielle, à savoir que le délai ne commence pas à courir avant que la protection ne devienne incontestable, cela provoquerait des divergences regrettables concernant la date à laquelle démarre le compte à rebours relatif à l'obligation d'usage de la marque: dans certains cas elle

34 — Règle 15, paragraphe 1, du règlement d'exécution.

dépendrait des dispositions nationales, en particulier lorsque seraient admis des motifs relatifs de refus d'enregistrement, dans d'autres, de l'issue des réclamations introduites par des tiers contre les marques internationales, ce qui reporterait le délai en question à des échéances très incertaines.

68. À plus forte raison faut-il souligner le rôle capital que joue la date de l'enregistrement international [35], puisqu'elle est décisive pour la computation du délai imparti aux pays contractants pour refuser l'enregistrement [36], pour l'application des effets de l'enregistrement [37] ou de la demande d'extension territoriale [38], pour sa durée et son indépendance [39], et pour son renouvellement [40]. Celle-ci servant de référence à tant d'égards, il paraît logique qu'elle ait ce rôle aussi en ce qui concerne le point de départ de l'obligation d'usage.

69. Pour ce qui est du décalage provoqué par un éventuel refus de l'enregistrement dans l'un quelconque des États signataires de l'arrangement de Madrid, il convient d'apporter deux précisions: l'une, sur les motifs absolus de refus d'enregistrement, puisque dans le système établi par cet accord ils sont présumés improbables, ayant été examinés dans le pays d'origine de la marque, ainsi qu'en raison de l'unification des critères dans la convention de Paris. L'autre, sur les motifs relatifs de refus d'enregistrement, parmi lesquels figure la diligence des entreprises qui, avant de demander l'enregistrement international d'une marque, sont en mesure de vérifier sans frais excessifs quelles sont les marques susceptibles de s'opposer à la leur dans les États pour lesquels elles sollicitent la protection.

70. Ainsi donc, je suis convaincu que, y compris pour les marques internationales, la «date à laquelle la procédure d'enregistrement est terminée» coïncide avec la date qui est arrêtée par le Bureau international à Genève.

71. Eu égard aux explications qui précèdent, j'estime qu'il convient de répondre à la première question préjudicielle posée par l'Oberster Patent- und Markensenat que l'expression «date à laquelle la procédure d'enregistrement est terminée», de l'article 10, paragraphe 1, de la directive 89/104, ne fait pas référence au début de la période de protection, avec lequel elle peut coïncider, mais à la date à laquelle l'autorité compétente, conformément à sa législation nationale, ou, dans le cas d'une marque internationale, le Bureau international, clôt la procédure d'enregistrement.

35 — Botana Agra, J. M., souligne cet aspect fondamental (op. cit., p. 38 et suiv.).

36 — Article 5, paragraphe 2, de l'arrangement de Madrid.

37 — Article 4, paragraphe 1, de l'arrangement de Madrid.

38 — Article 3, paragraphe 2, de l'arrangement de Madrid.

39 — Article 6, paragraphe 2, de l'arrangement de Madrid.

40 — Article 7 de l'arrangement de Madrid.

2. Interprétation de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 89/104

72. La déchéance apparaît très étroitement liée à l'obligation d'usage, mais elle s'en distingue en ce que le délai peut commencer à courir à tout moment, sans aucun lien avec la fin d'une procédure d'enregistrement. Lorsque le titulaire de la marque néglige de l'exploiter pendant plus de cinq ans, ses concurrents et les tiers qui y ont intérêt ont alors la possibilité de s'approprier légalement la marque. En tout état de cause, les deux mécanismes juridiques, comme deux bêtes attelées au même joug, tirent vers le même objectif législatif: adapter la réalité des enregistrements à celle du marché, comme nous l'avons déjà indiqué.

73. La chambre de renvoi demande quelles sont les causes susceptibles de justifier l'absence d'usage d'une marque commerciale pendant le délai fixé par la législation communautaire. Dans le litige au principal, Lidl allègue des «obstacles bureaucratiques» incompatibles avec sa stratégie commerciale, consistant à vendre des produits portant la marque «Le Chef DE CUISINE» exclusivement dans ses propres magasins, dont l'ouverture a pris plus de retard que prévu.

74. En vertu de la réponse que je propose d'apporter à la première question, en relation avec la législation autrichienne sur les marques, il ne serait pas indispensable de répondre à la seconde question pour la solution du litige au principal. Malgré tout, dans l'hypothèse où la Cour ne serait pas de cet avis et estimerait opportun d'interpréter l'article 12 de la directive 89/104, j'exposerai succinctement quelques réflexions sur ce point.

75. Je ne considère pas que cette question préjudicielle soit irrecevable, comme le soutient la République autrichienne, puisque son contexte n'est pas générique et que la description des faits est suffisamment précise pour qu'il y ait intérêt et nécessité de statuer.

76. La jurisprudence de la Cour s'est déjà prononcée sur le paragraphe 1 de l'article 12, plus concrètement sur la signification de l'«usage sérieux», déclarant qu'une marque répond à cet usage «lorsqu'elle est utilisée, conformément à sa fonction essentielle [...], aux fins de créer ou de conserver un débouché pour ces produits et services, à l'exclusion d'usages de caractère symbolique ayant pour seul objet le maintien des droits conférés par la marque» [41]. Et que, pour apprécier le caractère sérieux de cet usage, il faut prendre en compte «l'ensemble des faits et des circonstances propres à établir la réalité de l'exploitation commerciale [de la marque], en particulier les usages considérés comme justifiés dans le secteur économique concerné» [42].

41 — Arrêt Ansul, précité, point 43.

42 — Ibidem.

77. Par conséquent, toute utilisation d'une marque qui ne répondrait pas à ces principes ne correspond pas à cette notion d'usage sérieux. J'ai déjà indiqué que l'usage privé d'une marque, celui qui ne dépasse pas la sphère interne du titulaire, est dénué de pertinence, dans la mesure où il ne vise pas à assurer une part du marché, raison pour laquelle n'est pas considérée comme «suffisante» ni «sérieuse» l'adoption de mesures préparatoires en vue de la commercialisation de produits et de services, ou l'activité d'emmagasinage et de dépôt, lorsque les marchandises ne quittent pas les locaux de l'entreprise [43].

78. Cependant, la disposition analysée fait référence à de possibles motifs justifiant l'absence d'usage, mais sans mentionner aucun exemple. L'article 19 de l'accord ADPIC est à cet égard d'un grand secours, selon lequel sont des raisons valables les circonstances *indépendantes de la volonté du titulaire* de la marque et qui *constituent un obstacle à l'usage de la marque*, comme des restrictions à l'importation ou d'autres prescriptions des pouvoirs publics visant les produits ou les services protégés par la marque.

79. Les «obstacles bureaucratiques» allégués par Lidl dans le litige au principal, même s'ils ne relèvent pas du libre arbitre du propriétaire de la marque, doivent présenter une relation directe avec la marque au point que son usage dépende de la bonne fin des démarches administratives. On peut imaginer que cela aurait été le cas si Lidl avait été dans l'attente d'une autorisation sanitaire pour les produits commercialisés sous la marque «Le Chef DE CUISINE» ou, s'il s'était agi d'un médicament, de son homologation par les autorités sanitaires compétentes. Mais les complications découlant de retards dans la délivrance des autorisations de construction des locaux commerciaux ne présentent pas un lien suffisamment étroit avec la marque. On ne comprend pas bien non plus la raison qui a empêché Lidl de modifier à temps sa stratégie commerciale; elle aurait pu mettre en place, par exemple, un système de licences pour distribuer ses produits pendant une période limitée avec d'autres distributeurs de produits alimentaires, ou avec des épiceries.

80. De même, comme l'affirme la Commission à juste titre, la stratégie de l'entreprise relève entièrement du contrôle de la société, c'est pourquoi il est difficile d'admettre qu'il lui ait été impossible de résoudre d'éventuelles difficultés administratives, en l'adaptant aux aléas et aux contretemps. Pour cette raison, il existe dans cette affaire un doute en ce qui concerne le comportement qui a le plus fait obstacle à la réalisation de l'objectif poursuivi: s'agit-il des méandres formalistes de la procédure administrative ou de l'obstination aveugle de l'entreprise dans un projet inadéquat? Mais ces investigations, qui revêtent un caractère factuel, incombent au juge national, qui connaît mieux les faits et est chargé de trancher le litige au fond.

43 — Voir conclusions présentées dans l'affaire Ansul, précitée, point 57.

81. En vertu des considérations qui précèdent, je propose donc à la Cour de répondre à la seconde question préjudicielle en interprétant l'article 12, paragraphe 1, de la directive 89/104 au sens où les causes justifiant le non-usage de la marque doivent être indépendantes de la volonté du titulaire et constituer un obstacle à l'usage de la marque. Si elles répondent à ces deux conditions, les formalités administratives appartiennent à cette catégorie de motifs justificatifs, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elles entravent la réalisation d'une stratégie commerciale, puisque l'entreprise conserve tout son pouvoir de décision pour l'adapter aux aléas administratifs. Il incombe à la chambre de renvoi d'apprécier les éléments de fait à la lumière de ces indications.

VI — Conclusion

82. À la lumière des observations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre aux questions préjudicielles formulées par l'Oberster Patent- und Markensenat, comme suit:

«1) L'expression 'date à laquelle la procédure d'enregistrement est terminée', de l'article 10, paragraphe 1, de la première directive 89/104/CEE du Conseil, 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, ne fait pas référence au début de la période de protection, avec lequel elle peut coïncider, mais à la date à laquelle l'autorité compétente, conformément à sa législation nationale, ou, dans le cas d'une marque internationale, le Bureau international, clôt la procédure d'enregistrement.

2) L'article 12, paragraphe 1, de la directive 89/104 doit s'interpréter au sens où les causes justifiant le non-usage de la marque doivent être indépendantes de la volonté du titulaire et constituer un obstacle à l'usage de la marque. Si elles répondent à ces deux conditions, les formalités administratives appartiennent à cette catégorie de motifs justificatifs, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elles entravent la réalisation d'une stratégie commerciale, puisque l'entreprise conserve tout son pouvoir de décision pour l'adapter aux aléas administratifs. Il incombe à la chambre de renvoi d'apprécier les éléments de fait à la lumière de ces indications.»