ARRÊT DE LA COUR

6 mai 2003 *

Dans l'affaire C-104/01,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 234 CE, par le Hoge Raad der Nederlanden (Pays-Bas) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Libertel Groep BV

et

Benelux-Merkenbureau,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 3 de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1),

* Langue de procédure: le néerlandais.

LA COUR

composée de M. J.-P. Puissochet, président de la sixième chambre, faisant fonction de président, MM. M. Wathelet et C. W. A. Timmermans, présidents de chambre, MM. C. C. Gulmann, D. A. O. Edward et P. Jann, M^me^ F. Macken, MM. S. von Bahr et J. N. da Cunha Rodrigues (rapporteur), juges,

avocat général: M. P. Léger,
greffier: M^me^ M.-F. Contet, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

— pour Libertel Groep BV, par M^es^ D. W. F. Verkade et D. J. G. Visser, advocaten,

— pour le Benelux-Merkenbureau, par M^e^ C. J. J. C. van Nispen, advocaat,

— pour le gouvernement néerlandais, par M^me^ H. G. Sevenster, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M^me^ R. Magrill, en qualité d'agent, assistée de M. D. Alexander, barrister,

— pour la Commission des Communautés européennes, par MM. N. B. Rasmussen et H. M. H. Speyart, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales du Benelux-Merkenbureau, représenté par M^e C. J. J. C. van Nispen, du gouvernement néerlandais, représenté par M^me J. van Bakel, en qualité d'agent, du gouvernement du Royaume-Uni, représenté par M. M. Tappin, barrister, et de la Commission, représentée par M. H. M. H. Speyart, à l'audience du 30 avril 2002,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 12 novembre 2002,

rend le présent

Arrêt

1 Par ordonnance du 23 février 2001, parvenue à la Cour le 5 mars suivant, le Hoge Raad der Nederlanden a posé, en vertu de l'article 234 CE, quatre questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 3 de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1, ci-après la «directive»).

2 Ces questions ont été posées dans le cadre du litige opposant la société Libertel Groep BV (ci-après «Libertel») au Benelux-Merkenbureau (Bureau Benelux des Marques, ci-après le «BBM») en raison du refus de ce dernier de procéder à l'enregistrement en tant que marque d'une couleur orange pour des produits et services de télécommunications, sollicité par Libertel.

Le cadre juridique

La convention de Paris

3 Sur le plan international, le droit des marques est régi par la convention pour la protection de la propriété industrielle, signée à Paris le 20 mars 1883, révisée en dernier lieu à Stockholm le 14 juillet 1967 (*Série des traités des Nations unies,* n° 11851, partie 828, p. 305 à 388, ci-après la «convention de Paris»). Tous les États membres sont parties à cette convention.

4 La convention de Paris dispose, en son article 6 quinquies, B, point 2, que les marques pourront être refusées à l'enregistrement ou invalidées lorsqu'elles sont dépourvues de tout caractère distinctif.

5 L'article 6 *quinquies,* C, paragraphe 1, de la convention de Paris précise:

«Pour apprécier si la marque est susceptible de protection, on devra tenir compte de toutes les circonstances de fait, notamment de la durée de l'usage de la marque.»

La réglementation communautaire

6 L'article 2 de la directive, intitulé «Signes susceptibles de constituer une marque», dispose:

«Peuvent constituer des marques tous les signes susceptibles d'une représentation graphique, notamment les mots, y compris les noms de personnes, les dessins, les lettres, les chiffres, la forme du produit ou de son conditionnement, à condition que de tels signes soient propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.»

7 L'article 3 de la directive, intitulé «Motifs de refus ou de nullité», prévoit, à ses paragraphes 1 et 3:

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

a) les signes qui ne peuvent constituer une marque;

b) les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif;

c) les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation du service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci;

d) les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications devenus usuels dans le langage courant ou dans les habitudes loyales et constantes du commerce;

e) les signes constitués exclusivement:

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

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

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

[...]

3. Une marque n'est pas refusée à l'enregistrement ou, si elle est enregistrée, n'est pas susceptible d'être déclarée nulle en application du paragraphe 1 points b), c) ou d) si, avant la date de la demande d'enregistrement et après l'usage qui en a été

fait, elle a acquis un caractère distinctif. En outre, les États membres peuvent prévoir que la présente disposition s'applique également lorsque le caractère distinctif a été acquis après la demande d'enregistrement ou après l'enregistrement.»

8 L'article 6 de la directive précise:

«1. Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire à un tiers l'usage, dans la vie des affaires,

a) de son nom et de son adresse;

b) d'indications relatives à l'espèce, à la qualité, à la quantité, à la destination, à la valeur, à la provenance géographique, à l'époque de la production du produit ou de la prestation du service ou à d'autres caractéristiques de ceux-ci;

c) de la marque lorsqu'elle est nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoires ou pièces détachées,

pour autant que cet usage soit fait conformément aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.

2. Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire à un tiers l'usage, dans la vie des affaires, d'un droit antérieur de portée locale si ce droit est reconnu par la loi de l'État membre concerné et dans la limite du territoire où il est reconnu.»

La loi uniforme Benelux sur les marques

9 Le royaume de Belgique, le grand-duché de Luxembourg et le royaume des Pays-Bas ont consigné leur droit des marques dans une loi commune, la loi uniforme Benelux sur les marques (Trb. 1962, 58). Cette loi a été modifiée, avec effet à compter du 1er janvier 1996, par le protocole du 2 décembre 1992 portant modification de ladite loi (Trb. 1993, 12), en vue de transposer la directive dans l'ordre juridique de ces trois États membres.

10 L'article 6 *bis* de la loi uniforme Benelux sur les marques ainsi modifiée (ci-après la «LBM») dispose:

«1. Le Bureau Benelux des Marques refuse d'enregistrer un dépôt lorsqu'il considère que:

a) le signe déposé ne constitue pas une marque au sens de l'article 1er, notamment pour défaut de tout caractère distinctif comme prévu à l'article 6 *quinquies* B, sous 2, de la convention de Paris;

b) le dépôt se rapporte à une marque visée à l'article 4, sous 1 et 2.

2. Le refus d'enregistrer doit concerner le signe constitutif de la marque en son intégralité. Il peut se limiter à un ou plusieurs des produits auxquels la marque est destinée.

3. Le Bureau Benelux informe le déposant sans délai et par écrit de son intention de refuser l'enregistrement en tout ou en partie, lui en indique les motifs et lui donne la faculté d'y répondre dans un délai à fixer par règlement d'exécution.

4. Si les objections du Bureau Benelux contre l'enregistrement n'ont pas été levées dans le délai imparti, l'enregistrement du dépôt est refusé en tout ou en partie. Le Bureau Benelux informe le déposant sans délai et par écrit en indiquant les motifs du refus et en mentionnant la voie de recours contre cette décision, visée à l'article 6 *ter*.

5. Le refus d'enregistrer le dépôt pour tous les produits ou pour une partie des produits entraîne la nullité totale ou partielle du dépôt. Cette nullité ne produit pas ses effets avant que ne soit expiré, sans être utilisé, le délai de recours visé à l'article 6 *ter* ou que n'ait été rejetée irrévocablement la demande d'ordonner l'enregistrement.»

11 L'article 6 *ter* de la LBM prévoit:

«Le déposant peut, dans les deux mois qui suivent la communication visée à l'article 6 *bis*, quatrième alinéa, introduire devant la Cour d'appel de Bruxelles, le

Gerechtshof de La Haye ou la Cour d'appel de Luxembourg une requête tendant à obtenir un ordre d'enregistrement du dépôt. La Cour territorialement compétente se détermine par l'adresse du déposant, l'adresse du mandataire ou l'adresse postale, mentionnée lors du dépôt.»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

12 Libertel est une société établie aux Pays-Bas, dont l'activité principale consiste dans la fourniture de services de télécommunications mobiles.

13 Le BBM est l'autorité compétente en matière de marques pour le royaume de Belgique, le grand-duché de Luxembourg et le royaume des Pays-Bas. Depuis le 1er janvier 1996, le BBM est chargé d'examiner les dépôts de marques au regard des motifs absolus de refus.

14 Le 27 août 1996, Libertel a déposé auprès du BBM une couleur orange en tant que marque pour certains produits et services de télécommunications, à savoir, s'agissant des produits de la classe 9, le matériel de télécommunications et, pour les services des classes 35 à 38, les services de télécommunications ainsi que de gestion matérielle, financière et technique des moyens de télécommunication.

15 Le bordereau de dépôt comportait, dans l'espace destiné à accueillir la reproduction de la marque, une surface rectangulaire de couleur orange et, dans l'espace destiné à accueillir la description de la marque, la mention «orange», sans que soit mentionné un quelconque code de couleur.

16 Par lettre du 21 février 1997, le BBM a informé Libertel qu'il refusait provisoirement l'enregistrement de ce signe. Il a considéré que, faute pour Libertel de démontrer que le signe déposé, composé exclusivement de la couleur orange, avait acquis un caractère distinctif par l'usage, ce signe était dépourvu de tout caractère distinctif au sens de l'article 6 *bis*, paragraphe 1, sous a), de la LBM.

17 Libertel a fait opposition à ce refus provisoire. Le BBM, estimant qu'il n'y avait pas lieu de reconsidérer ce refus, a signifié son refus définitif par lettre du 10 septembre 1997.

18 Conformément à l'article 6 *ter* de la LBM, Libertel a introduit un recours à l'encontre de ce refus devant le Gerechtshof te 's-Gravenhage (Pays-Bas), qui l'a rejeté par jugement du 4 juin 1998.

19 Le 3 août 1998, Libertel s'est pourvue en cassation devant le Hoge Raad der Nederlanden.

20 Lors de l'examen de ce litige par le Hoge Raad, des questions ont surgi quant à l'application correcte de l'article 6 *bis*, paragraphe 1, sous a), de la LBM, et donc également concernant l'interprétation de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive. Par conséquent, le Hoge Raad a, par ordonnance du 23 février 2001, déféré à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Une simple couleur spécifique, reproduite en tant que telle ou désignée par un code international, est-elle susceptible de présenter, pour certains produits et services, un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive?

2) En cas de réponse affirmative à la première question:

a) Dans quelles circonstances peut-on admettre qu'une simple couleur spécifique a un caractère distinctif au sens susvisé?

b) Le fait que l'enregistrement soit demandé pour un nombre important de produits ou de services ou bien pour un produit ou service spécifique ou un groupe spécifique de produits ou services est-il susceptible de modifier la réponse à la première question?

3) Pour apprécier le caractère distinctif qu'une couleur déterminée peut présenter en tant que marque, est-il nécessaire d'examiner s'il existe un intérêt général justifiant que cette couleur reste à la disposition de tous comme c'est le cas des signes qui désignent une provenance géographique?

4) Pour répondre à la question de savoir si un signe déposé en tant que marque possède un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive, le Bureau Benelux des marques doit-il se limiter à une appréciation de ce pouvoir distinctif dans l'abstrait ou doit-il tenir compte de toutes les circonstances concrètes de l'espèce, et notamment de l'usage qui est fait de ce signe et, de la manière dont il est utilisé?»

Sur les questions préjudicielles

Considérations liminaires

21 Les questions préjudicielles, qui portent sur l'article 3 de la directive, visent à savoir si et, le cas échéant, dans quelles conditions une couleur en elle-même, sans délimitation dans l'espace, est susceptible d'avoir un caractère distinctif pour certains produits ou services.

22 L'examen de ces questions nécessite de déterminer au préalable si une couleur en elle-même est susceptible de constituer une marque aux termes de l'article 2 de la directive.

23 À cet effet, une couleur en elle-même doit remplir trois conditions. Premièrement, elle doit constituer un signe. Deuxièmement, ce signe doit être susceptible d'une représentation graphique. Troisièmement, ce signe doit être propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.

24 Le Conseil de l'Union européenne et la Commission ont fait une déclaration conjointe, inscrite au procès-verbal du Conseil lors de l'adoption de la directive, selon laquelle ils «considèrent que l'article 2 n'exclut pas la possibilité [...] d'enregistrer en tant que marque une combinaison de couleurs ou une couleur seule [...] à condition que de tels signes soient propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises» (JO OHMI n° 5/96, p. 607).

25 Cependant, une telle déclaration ne saurait être retenue pour l'interprétation d'une disposition de droit dérivé lorsque, comme en l'espèce, son contenu ne trouve aucune expression dans le texte de la disposition en cause, et n'a, dès lors, pas de portée juridique (arrêts du 26 février 1991, Antonissen, C-292/89, Rec. p. I-745, point 18, et du 29 mai 1997, VAG Sverige, C-329/95, Rec. p. I-2675, point 23). Le Conseil et la Commission ont, d'ailleurs, expressément reconnu cette limitation dans le préambule de leur déclaration, selon lequel «[l]es déclarations du Conseil et de la Commission dont le texte figure ci-dessous ne faisant pas partie du texte législatif, elles ne préjugent pas de l'interprétation de ce dernier par la Cour de justice des Communautés européennes».

26 C'est par conséquent à la Cour d'établir si l'article 2 de la directive doit être interprété en ce sens qu'une couleur en elle-même est susceptible de constituer une marque.

27 Il y a lieu de relever, à cet égard, qu'il ne peut pas être présumé qu'une couleur en elle-même constitue un signe. Normalement, une couleur est une simple propriété des choses. Toutefois, elle peut constituer un signe. Cela dépend du contexte dans lequel la couleur est utilisée. Toujours est-il qu'une couleur en elle-même est susceptible, en relation avec un produit ou un service, de constituer un signe.

28 En outre, ainsi que la Cour l'a déjà jugé, une représentation graphique, au sens de l'article 2 de la directive, doit permettre au signe d'être représenté visuellement, en particulier au moyen de figures, de lignes ou de caractères, de sorte qu'il puisse être identifié avec exactitude (arrêt du 12 décembre 2002, Sieckmann, C-273/00, Rec. p. I-11737, point 46).

29 Pour remplir sa fonction, la représentation graphique, au sens de l'article 2 de la directive, doit être claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective (arrêt Sieckmann, précité, points 47 à 55).

30 En l'espèce, l'interrogation adressée à la Cour vise la demande d'enregistrement d'une couleur en elle-même, dont la représentation consiste en un échantillon de la couleur sur une surface plane, d'une description verbale de la couleur et/ou d'un code d'identification de couleur internationalement reconnu.

31 Or, un simple échantillon d'une couleur ne répond pas aux exigences mentionnées aux points 28 et 29 du présent arrêt.

32 En particulier, un échantillon d'une couleur peut s'altérer avec le temps. Il ne saurait être exclu que certains supports permettent d'enregistrer une couleur de façon inaltérable. Toutefois, d'autres supports, notamment le papier, ne permettent pas de préserver la nuance de couleur de l'usure du temps. Dans un tel cas, le dépôt d'un échantillon d'une couleur ne présenterait pas le caractère durable exigé par l'article 2 de la directive (voir arrêt Sieckmann, précité, point 53).

33 Il en découle que le dépôt d'un échantillon d'une couleur ne constitue pas en lui-même une représentation graphique au sens de l'article 2 de la directive.

34 En revanche, la description verbale d'une couleur, en tant qu'elle est formée de mots composés eux-mêmes de caractères, constitue une représentation graphique de celle-ci (voir, en ce sens, arrêt Sieckmann, précité, point 70).

35 Une description verbale de la couleur ne remplira pas nécessairement dans tous les cas les conditions mentionnées aux points 28 et 29 du présent arrêt. Cette question doit être appréciée au vu des circonstances de chaque cas d'espèce.

36 L'association d'un échantillon d'une couleur et d'une description verbale de celle-ci peut donc constituer une représentation graphique au sens de l'article 2 de la directive, à condition que la description soit claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible et objective.

37 Pour les mêmes raisons que celles évoquées au point 34 du présent arrêt, la désignation d'une couleur au moyen d'un code d'identification internationalement reconnu peut être considérée comme constituant une représentation graphique. De tels codes sont réputés être précis et stables.

38 Si un échantillon d'une couleur, accompagné d'une description verbale, ne remplit pas les conditions posées à l'article 2 de la directive pour constituer une représentation graphique, notamment par défaut de précision ou de durabilité, cette défaillance peut, le cas échéant, être comblée par l'ajout d'une désignation de la couleur au moyen d'un code d'identification internationalement reconnu.

39 Quant à la question de savoir si une couleur en elle-même est propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises, au sens de l'article 2 de la directive, il faut apprécier si les couleurs en elles-mêmes sont aptes ou non à transmettre des informations précises, notamment quant à l'origine d'une marchandise ou d'un service.

40 À cet égard, il convient de rappeler que, si les couleurs sont propres à véhiculer certaines associations d'idées et à susciter des sentiments, en revanche, de par leur nature, elles sont peu aptes à communiquer des informations précises. Elles le sont d'autant moins qu'elles sont habituellement et largement utilisées dans la publicité et dans la commercialisation des produits et des services pour leur pouvoir attractif, en dehors de tout message précis.

41 Cependant, il ne serait pas justifié de déduire de cette constatation d'ordre factuel une interdiction de principe de considérer les couleurs en elles-mêmes comme étant propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. En effet, il ne peut pas être exclu qu'existent des situations dans lesquelles une couleur en elle-même puisse servir d'indication d'origine des produits ou des services d'une entreprise. Il convient donc d'admettre que les couleurs en elles-mêmes peuvent être propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises, au sens de l'article 2 de la directive.

42 Il découle de ce qui précède qu'une couleur en elle-même est susceptible de constituer, aux conditions précitées, une marque au sens de l'article 2 de la directive.

43 C'est à la lumière des considérations développées aux points 22 à 42 du présent arrêt, qu'il est possible de procéder à l'examen des questions préjudicielles.

Sur la troisième question

44 Il convient d'examiner d'abord la troisième question, par laquelle la juridiction de renvoi demande si, pour apprécier le caractère distinctif qu'une couleur déterminée peut présenter en tant que marque, il est nécessaire d'examiner s'il existe un intérêt général justifiant que cette couleur reste à la disposition de tous, comme c'est le cas des signes qui désignent une provenance géographique.

45 Selon certaines des observations présentées à la Cour, avec les moyens techniques actuels, il est possible de distinguer un très grand nombre de nuances de couleurs. Cette affirmation peut être vraie, mais est dépourvue de pertinence pour la présente question. Aux fins de déterminer si une couleur en elle-même est susceptible d'être enregistrée en tant que marque, il convient de se placer dans l'optique du public pertinent.

46 À défaut de toute indication contraire dans l'ordonnance de renvoi, il y a lieu de considérer que l'affaire au principal concerne des produits et des services destinés à l'ensemble des consommateurs. Par conséquent, il faut estimer que, en l'espèce, le public pertinent est constitué par le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé (voir arrêt du 22 juin 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Rec. p. I-3819, point 26).

47 Le nombre de couleurs que ce public est apte à distinguer est peu élevé du fait qu'il a rarement la possibilité de comparer directement des produits revêtus de différentes nuances de couleurs. Il en découle que le nombre de couleurs différentes effectivement disponibles, en tant que marques potentielles, pour distinguer les produits ou les services, doit être considéré comme réduit.

48 Selon une jurisprudence constante, le droit de marque constitue un élément essentiel du système de concurrence non faussé que le traité CE entend établir et maintenir (voir arrêts du 17 octobre 1990, HAG II, C-10/89, Rec. p. I-3711, point 13, et du 23 février 1999, BMW, C-63/97, Rec. p. I-905, point 62). Les droits et les facultés que la marque confère à son titulaire doivent être examinés en fonction de cet objectif.

49 En outre, conformément à l'article 5, paragraphe 1, de la directive, la marque enregistrée confère à son titulaire, pour des produits ou des services déterminés, un droit exclusif lui permettant de monopoliser le signe enregistré comme marque sans limitation dans le temps.

50 La possibilité d'enregistrer une marque peut faire l'objet de restrictions fondées sur l'intérêt public.

51 Il convient ainsi d'interpréter les différents motifs de refus d'enregistrement énumérés à l'article 3 de la directive à la lumière de l'intérêt général qui sous-tend chacun d'entre eux (voir arrêt du 18 juin 2002, Philips, C-299/99, Rec. p. I-5475, point 77).

52 En ce qui concerne l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive, la Cour a reconnu que cette disposition poursuit un but d'intérêt général, lequel exige que les signes ou indications descriptives des catégories de produits ou services pour lesquelles l'enregistrement est demandé puissent être librement utilisés par tous (arrêts du 4 mai 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 et C-109/97, Rec. p. I-2779, point 25, et du 8 avril 2003, Linde e.a., C-53/01 à C-55/01, Rec. p. I-3161, point 73).

53 De même, s'agissant de l'article 3, paragraphe 1, sous e), de la directive, la Cour a déjà dit que cette disposition poursuit un but d'intérêt général, lequel exige qu'une forme dont les caractéristiques essentielles répondent à une fonction technique et ont été choisies pour remplir celle-ci puisse être librement utilisée par tous (arrêts précités Philips, point 80, et Linde e.a., point 72).

54 En ce qui concerne l'enregistrement en tant que marque de couleurs en elles-mêmes, sans délimitation dans l'espace, le nombre réduit des couleurs effectivement disponibles a pour résultat qu'un petit nombre d'enregistrements en tant que marques pour des services ou des produits donnés pourrait épuiser toute la palette des couleurs disponibles. Un monopole aussi étendu ne serait pas compatible avec un système de concurrence non faussé, notamment en ce qu'il

risquerait de créer un avantage concurrentiel illégitime en faveur d'un seul opérateur économique. Il ne serait pas non plus adapté au développement économique et à la promotion de l'esprit d'entreprise que des opérateurs déjà établis puissent enregistrer en leur faveur l'ensemble des couleurs effectivement disponibles, au détriment de nouveaux opérateurs.

55 Il convient donc de reconnaître, dans le champ du droit communautaire des marques, un intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé.

56 Plus grand est le nombre des produits ou des services pour lesquels l'enregistrement de la marque est demandé, plus le droit exclusif éventuellement conféré par la marque est apte à présenter un caractère exorbitant et à se heurter par là même au maintien d'un système de concurrence non faussé et à l'intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé.

57 La Commission a fait valoir, dans ses observations, que l'idée que certains signes doivent rester disponibles et ne pourraient donc pas bénéficier d'une protection est exprimée à l'article 6 de la directive, plutôt qu'aux articles 2 et 3 de celle-ci. Cet argument ne peut pas être retenu.

58 En effet, l'article 6 de la directive vise la limitation des effets de la marque, une fois celle-ci enregistrée. L'argument de la Commission revient à préconiser un contrôle minimal des motifs de refus prévus à l'article 3 de la directive, lors de l'examen de la demande d'enregistrement, le risque que des opérateurs puissent s'approprier certains signes qui devraient rester disponibles étant neutralisé par les limites imposées, en vertu dudit article 6, au stade de la mise en œuvre des

effets de la marque enregistrée. Cette argumentation aboutit, en substance, à retirer l'appréciation des motifs de refus figurant à l'article 3 de la directive à l'autorité compétente au moment de l'enregistrement de la marque, pour la transférer aux juges chargés de garantir l'exercice concret des droits que confère la marque.

59 Une telle approche est incompatible avec le système de la directive, qui repose sur un contrôle précédant l'enregistrement, et pas sur un contrôle a posteriori. Rien, dans la directive, ne permet de tirer une pareille conclusion de son article 6. Au contraire, le nombre et le caractère détaillé des obstacles à l'enregistrement précisés aux articles 2 et 3 de la directive, ainsi que le large éventail de recours ouverts en cas de refus, indiquent que l'examen effectué lors de la demande d'enregistrement ne doit pas être minimal. Cet examen doit être strict et complet afin d'éviter que des marques ne soient enregistrées de manière indue. Ainsi que la Cour l'a déjà jugé, il convient, pour des raisons de sécurité juridique et de bonne administration, de s'assurer que les marques dont l'usage pourrait être contesté avec succès devant les juridictions ne soient pas enregistrées (arrêt du 29 septembre 1998, Canon, C-39/97, Rec. p. I-5507, point 21).

60 Par conséquent, il convient de répondre à la troisième question préjudicielle que, pour apprécier le caractère distinctif qu'une couleur déterminée peut présenter en tant que marque, il est nécessaire de tenir compte de l'intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé.

Sur la première question et la deuxième question, sous a)

61 Par sa première question et sa deuxième question, sous a), la juridiction de renvoi demande en substance si et, le cas échéant, dans quelles conditions une couleur en elle-même peut être reconnue comme ayant un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphes 1, sous b), et 3, de la directive.

62 Selon une jurisprudence constante, la fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service marqué, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance (voir notamment arrêts Canon, précité, point 28, et du 4 octobre 2001, Merz & Krell, C-517/99, Rec. p. I-6959, point 22). Une marque doit distinguer les produits ou les services concernés comme provenant d'une entreprise déterminée. À cet égard, il convient de tenir compte à la fois de l'utilisation habituelle des marques comme indication d'origine dans les secteurs concernés et de la perception du public pertinent.

63 Le public pertinent, tel que défini au point 46 du présent arrêt, est constitué par le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

64 Il convient de tenir compte de la circonstance que le consommateur moyen n'a que rarement la possibilité de procéder à une comparaison directe des différentes marques mais doit se fier à l'image non parfaite qu'il en a gardée en mémoire (voir, dans des contextes différents, arrêts Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité, point 26, et du 20 mars 2003, LTJ Diffusion, C 291/00, Rec. p. I-2799, point 52).

65 La perception du public pertinent n'est pas nécessairement la même dans le cas d'un signe constitué par une couleur en elle-même que dans le cas d'une marque verbale ou figurative, qui consiste en un signe indépendant de l'aspect des produits qu'elle désigne. En effet, si le public a l'habitude de percevoir, immédiatement, des marques verbales ou figuratives comme des signes identificateurs de l'origine du produit, il n'en va pas nécessairement de même lorsque le signe se confond avec l'aspect du produit pour lequel l'enregistrement du signe en tant que marque est demandé. Les consommateurs n'ont pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se basant sur leur couleur ou sur celle de leur emballage, en l'absence de tout élément graphique ou textuel, parce qu'une

couleur en elle-même n'est pas, dans les usages commerciaux actuels, en principe utilisée comme moyen d'identification. La propriété inhérente de distinguer les produits d'une certaine entreprise fait normalement défaut à une couleur en elle-même.

66 Dans le cas d'une couleur en elle-même, l'existence d'un caractère distinctif avant tout usage ne pourrait se concevoir que dans des circonstances exceptionnelles, et notamment lorsque le nombre des produits ou des services pour lesquels la marque est demandée est très limité et que le marché pertinent est très spécifique.

67 Toutefois, même si une couleur en elle-même n'a pas ab initio un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive, elle peut l'acquérir, en rapport avec les produits ou les services revendiqués, à la suite de son usage conformément au paragraphe 3, de cet article. Un tel caractère distinctif peut être acquis, notamment, après un processus normal de familiarisation du public concerné. Dans un tel cas, l'autorité compétente serait tenue d'apprécier globalement les éléments qui peuvent démontrer que la marque est devenue apte à identifier le produit concerné comme provenant d'une entreprise déterminée et donc à distinguer ce produit de ceux d'autres entreprises (arrêt Windsurfing Chiemsee, précité, point 49).

68 Il convient donc de répondre à la première question préjudicielle qu'une couleur en elle-même, sans délimitation dans l'espace, est susceptible de présenter, pour certains produits et services, un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphes 1, sous b), et 3, de la directive, à condition, notamment, qu'elle puisse faire l'objet d'une représentation graphique qui soit claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective. Cette dernière condition ne peut pas être satisfaite par la simple reproduction sur papier de la couleur en question, mais peut l'être par la désignation de cette couleur par un code d'identification internationalement reconnu.

69 Il y a lieu de répondre à la deuxième question préjudicielle, sous a), qu'une couleur en elle-même peut être reconnue comme ayant un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphes 1, sous b), et 3, de la directive, à la condition que, par rapport à la perception du public pertinent, la marque soit apte à identifier le produit ou le service pour lequel l'enregistrement est demandé comme provenant d'une entreprise déterminée et à distinguer ce produit ou ce service de ceux d'autres entreprises.

Sur la deuxième question, sous b)

70 Par sa deuxième question, sous b), la juridiction de renvoi demande si le fait que l'enregistrement en tant que marque d'une couleur en elle-même soit demandé pour un nombre important de produits ou de services, ou bien qu'il le soit pour un produit ou un service spécifique ou pour un groupe spécifique de produits ou de services, est pertinent pour apprécier si cette couleur a un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive.

71 Au vu des considérations exposées aux points 56, 66 et 67 du présent arrêt, il convient de répondre à la deuxième question préjudicielle, sous b), que le fait que l'enregistrement en tant que marque d'une couleur en elle-même soit demandé pour un nombre important de produits ou de services, ou bien qu'il le soit pour un produit ou un service spécifique ou pour un groupe spécifique de produits ou de services, est pertinent, ensemble avec les autres circonstances du cas d'espèce, tant pour apprécier le caractère distinctif de la couleur dont l'enregistrement est demandé que pour apprécier si son enregistrement contreviendrait à l'intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé.

Sur la quatrième question

72 Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi cherche à savoir en substance si, pour apprécier si une marque possède un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphes 1, sous b), et 3, de la directive, l'autorité compétente en matière d'enregistrement des marques doit procéder à un examen abstrait ou concret, en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, et notamment de l'usage qui a été fait de la marque.

73 Il convient de constater, en premier lieu, que le douzième considérant de la directive précise que «tous les États membres de la Communauté sont liés par la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle» et «qu'il est nécessaire que les dispositions de la présente directive soient en harmonie complète avec celles de la convention de Paris».

74 Or, l'article 6 *quinquies*, C, paragraphe 1, de la convention de Paris précise que, «[p]our apprécier si la marque est susceptible de protection, on devra tenir compte de toutes les circonstances de fait, notamment de la durée de l'usage de la marque».

75 En second lieu, l'enregistrement d'un signe en tant que marque est toujours demandé au regard de produits ou de services mentionnés dans la demande d'enregistrement. Ainsi le caractère distinctif d'une marque doit être apprécié, d'une part, par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement est demandé et, d'autre part, par rapport à la perception qu'en a le public pertinent.

76 Dès lors que l'autorité compétente en matière d'enregistrement des marques doit s'assurer que le signe n'est pas dépourvu de caractère distinctif au regard des produits ou des services de l'entreprise qui en sollicite l'enregistrement en tant que marque, elle ne saurait procéder à un examen in abstracto, mais cet examen doit nécessairement être effectué in concreto. Cet examen doit prendre en compte toutes les circonstances pertinentes du cas d'espèce, y compris, le cas échéant, l'usage qui a été fait du signe dont l'enregistrement en tant que marque est demandé.

77 Il convient donc de répondre à la quatrième question préjudicielle que, pour apprécier si une marque possède un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphes 1, sous b), et 3, de la directive, l'autorité compétente en matière d'enregistrement des marques doit procéder à un examen concret, en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, et notamment de l'usage qui a été fait de la marque.

Sur les dépens

78 Les frais exposés par les gouvernements néerlandais et du Royaume-Uni, ainsi que par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le Hoge Raad der Nederlanden, par ordonnance du 23 février 2001, dit pour droit:

1) **Une couleur en elle-même, sans délimitation dans l'espace, est susceptible de présenter, pour certains produits et services, un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphes 1, sous b), et 3, de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, à condition, notamment, qu'elle puisse faire l'objet d'une représentation graphique qui soit claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective. Cette dernière condition ne peut pas être satisfaite par la simple reproduction sur papier de la couleur en question, mais peut l'être par la désignation de cette couleur par un code d'identification internationalement reconnu.**

2) **Pour apprécier le caractère distinctif qu'une couleur déterminée peut présenter en tant que marque, il est nécessaire de tenir compte de l'intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé.**

3) **Une couleur en elle-même peut être reconnue comme ayant un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphes 1, sous b), et 3, de la directive 89/104, à la condition que, par rapport à la perception du public pertinent, la marque soit apte à identifier le produit ou le service pour lequel l'enregis-**

trement est demandé comme provenant d'une entreprise déterminée et à distinguer ce produit ou ce service de ceux d'autres entreprises.

4) Le fait que l'enregistrement en tant que marque d'une couleur en elle-même soit demandé pour un nombre important de produits ou de services, ou bien qu'il le soit pour un produit ou un service spécifique ou pour un groupe spécifique de produits ou de services, est pertinent, ensemble avec les autres circonstances du cas d'espèce, tant pour apprécier le caractère distinctif de la couleur dont l'enregistrement est demandé que pour apprécier si son enregistrement contreviendrait à l'intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé.

5) Pour apprécier si une marque possède un caractère distinctif au sens de l'article 3, paragraphes 1, sous b), et 3, de la directive 89/104, l'autorité compétente en matière d'enregistrement des marques doit procéder à un examen concret, en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, et notamment de l'usage qui a été fait de la marque.

Puissochet	Wathelet	Timmermans
Gulmann	Edward	Jann
Macken	von Bahr	Cunha Rodrigues

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 6 mai 2003.

Le greffier

R. Grass

Le président

G. C. Rodríguez Iglesias