Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NIILO JÄÄSKINEN
présentées le 31 mars 2011 [1]

Affaire C-190/10

Génesis Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (GENESIS)
contre
Boys Toys SA
et
Administración del Estado

[demande de décision préjudicielle
formée par le Tribunal Supremo (Espagne)]

«Marque communautaire — Modalités de dépôt — Article 27 du règlement (CE) nº 40/94 — Dépôt électronique de la demande — Prise en compte de la date, de l'heure et de la minute de dépôt»

I – Introduction

1. Par son renvoi préjudiciel, le Tribunal Supremo (Espagne) soumet à la Cour une question relative à l'interprétation de la notion de «date de dépôt» de la demande de marque communautaire. Il s'agit de savoir s'il est permis, aux fins de l'application de l'article 27 du règlement (CE) nº 40/94 [2], de prendre en considération, outre la date du dépôt de la demande, l'heure et la minute de la présentation pour pouvoir invoquer la priorité de la marque communautaire.

II – Cadre juridique

A – *Droit international*

2. La convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 [3] (ci-après la «convention de Paris») stipule en son article 4, point A comme suit:

«(1) Celui qui aura régulièrement fait le dépôt d'une demande […] d'une marque de fabrique ou de commerce, dans l'un des pays de l'Union, […] jouira, pour effectuer le dépôt dans les autres pays, d'un droit de priorité pendant les délais déterminés ci-après.

1 — Langue originale: le français.

2 — Règlement du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO L 11, p. 1), abrogé par le règlement (CE) nº 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (version codifiée) (JO L 78, p. 1), qui est entré en vigueur le 13 avril 2009. Compte tenu de la date des faits au principal, la présente demande d'interprétation se réfère au règlement nº 40/94.

3 — La convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 est accessible à l'adresse suivante: http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/paris/trtdocs_wo020.html

(2) Est reconnu comme donnant naissance au droit de priorité tout dépôt ayant la valeur d'un dépôt national régulier, en vertu de la législation nationale de chaque pays de l'Union ou de traités bilatéraux ou multilatéraux conclus entre des pays de l'Union.

(3) Par dépôt national régulier on doit entendre tout dépôt qui suffit à établir la date à laquelle la demande a été déposée dans le pays en cause, quel que soit le sort ultérieur de cette demande.»

3. Aux termes de l'article 4 , point C de la convention de Paris:

«(1) Les délais de priorité mentionnés ci-dessus seront […] de six mois pour les dessins ou modèles industriels et pour les marques de fabrique ou de commerce.

(2) Ces délais commencent à courir de la date du dépôt de la première demande; le jour du dépôt n'est pas compris dans le délai.

(3) Si le dernier jour du délai est un jour férié légal, ou un jour où le Bureau n'est pas ouvert pour recevoir le dépôt des demandes dans le pays où la protection est réclamée, le délai sera prorogé jusqu'au premier jour ouvrable qui suit.»

B – *Droit de l'Union*

4. L'article 8 du règlement nº 40/94, intitulé «Motifs relatifs de refus», dispose:

«1. Sur opposition du titulaire d'une marque antérieure, la marque demandée est refusée à l'enregistrement:

a) lorsqu'elle est identique à la marque antérieure et que les produits ou les services pour lesquels la marque a été demandée sont identiques à ceux pour lesquels la marque antérieure est protégée;

b) lorsqu'en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque antérieure et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services que les deux marques désignent, il existe un risque de confusion dans l'esprit du public du territoire dans lequel la marque antérieure est protégée; le risque de confusion comprend le risque d'association avec la marque antérieure.

2. Aux fins du paragraphe 1, on entend par 'marques antérieures':

a) les marques dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande de marque communautaire, compte tenu, le cas échéant, du droit de priorité invoqué à l'appui de ces marques, et qui appartiennent aux catégories suivantes:

   i) les marques communautaires;

   ii) les marques enregistrées dans l'État membre ou, pour ce qui concerne la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas, auprès du Bureau Benelux des marques;

   iii) les marques qui ont fait l'objet d'un enregistrement international ayant effet dans un État membre;

b) les demandes de marques visées au point a), sous réserve de leur enregistrement;

c) les marques qui, à la date de dépôt de la demande de marque communautaire ou, le cas échéant, à la date de la priorité invoquée à l'appui de la demande de marque communautaire, sont notoirement connues dans un État membre au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris. [...]»

5. L'article 14 du règlement nº 40/94, intitulé «Application complémentaire du droit national en matière de contrefaçon», prévoit, à son paragraphe 1, que les effets de la marque communautaire sont exclusivement déterminés par les dispositions dudit règlement.

6. L'article 26, paragraphe 1, du règlement nº 40/94 énonce les conditions que doit satisfaire la demande de marque communautaire, au nombre desquelles figurent: a) une requête en enregistrement d'une marque communautaire; b) les indications qui permettent d'identifier le demandeur; c) la liste des produits ou des services pour lesquels l'enregistrement est demandé, et d) la reproduction de la marque. Le paragraphe 2 dudit article énonce que la demande de marque communautaire donne lieu au paiement d'une taxe de dépôt.

7. L'article 27 du règlement nº 40/94, intitulé «Date de dépôt», est libellé de la manière suivante:

«La date de dépôt de la demande de marque communautaire est celle à laquelle le demandeur a produit à l'Office ou, si la demande a été déposée auprès du service central de la propriété industrielle d'un État membre ou auprès du Bureau Benelux des marques à celui-ci, des documents qui contiennent les éléments visés à l'article 26 paragraphe 1, sous réserve du paiement de la taxe de dépôt dans un délai d'un mois à compter de la production des documents susvisés.»

8. Aux termes de l'article 29 de ce même règlement, le droit de priorité s'applique pendant un délai de six mois à compter de la date de dépôt de la première demande. Est reconnu comme donnant naissance au droit de priorité tout dépôt ayant la valeur d'un dépôt national régulier en vertu de la législation nationale de l'État dans lequel il a été effectué ou d'accords bilatéraux ou multilatéraux. Par dépôt national régulier, il convient d'entendre tout dépôt qui suffit à établir la date à laquelle la demande a été déposée, quel que soit le sort ultérieur de cette demande.

9. L'article 32 du règlement nº 40/94 prévoit que la demande de marque communautaire à laquelle une date de dépôt a été accordée a, dans les États membres, la valeur d'un dépôt national régulier, compte tenu, le cas échéant, du droit de priorité invoqué à l'appui de la demande de marque communautaire.

10. L'article 97 du règlement nº 40/94, intitulé «Droit applicable», énonce:

«1. Les tribunaux des marques communautaires appliquent les dispositions du présent règlement.

2. Pour toutes les questions qui n'entrent pas dans le champ d'application du présent règlement, le tribunal des marques communautaires applique son droit national, y compris son droit international privé.

3. À moins que le présent règlement n'en dispose autrement, le tribunal des marques communautaires applique les règles de procédure applicables au même type d'actions relatives à une marque nationale dans l'État membre sur le territoire duquel ce tribunal est situé.»

11. La règle 5 du règlement (CE) nº 2868/95 de la Commission, du 13 décembre 1995, portant modalités d'application du règlement nº 40/94[4], intitulée «Dépôt de la demande», dispose:

«1. L'Office appose, sur les documents dont se compose la demande, la date de réception et le numéro de dossier attribué à la demande. Il délivre sans délai au demandeur un récépissé sur lequel figurent au moins le numéro de dossier, une reproduction, une description ou tout autre moyen d'identification de la marque, la nature des documents et leur nombre, ainsi que la date de réception de la demande.

[…]»

C – Droit national

12. L'article 6, paragraphe 2, de la loi 17/2001, du 7 décembre 2001, sur les marques (Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, BOE nº 294, du 8 décembre 2001, p. 45579, ci-après la «loi 17/2001 sur les marques») définit ce qu'il y a lieu d'entendre par marques antérieures, en ces termes:

«a) une marque enregistrée dont la date de dépôt ou la date de priorité de la demande d'enregistrement est antérieure à la date de la demande soumise à examen, et qui appartient aux catégories suivantes: i) les marques espagnoles; ii) les marques qui ont fait l'objet d'un enregistrement international ayant effet en Espagne; iii) les marques communautaires;

b) une marque communautaire enregistrée dont le titulaire, conformément au règlement sur la marque communautaire, revendique valablement une ancienneté par rapport à l'une des marques visées sous a), i) et ii), même si cette dernière marque a fait l'objet d'une renonciation ou s'est éteinte;

c) la demande d'une marque visée sous a) et b), sous réserve que son enregistrement soit confirmé;

d) une marque non enregistrée qui, à la date de dépôt ou à la date de priorité de la demande de la marque soumise à examen, est 'notoirement connue' en Espagne au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris.»

13. L'article 11 de ladite loi, intitulé «Dépôt de la demande», dispose:

«1. La demande d'enregistrement d'une marque est déposée auprès de l'organe compétent de la communauté autonome dans laquelle le demandeur a son domicile ou un établissement industriel ou commercial sérieux et effectif. […]

[…]

6. L'organe compétent pour recevoir la demande fait mention, au moment où il reçoit la demande, du numéro de la demande, ainsi que de la date, de l'heure et de la minute de sa réception, sous la forme déterminée par voie de règlement.»

14. L'article 12 de la loi 17/2001 sur les marques, qui énonce les conditions auxquelles la demande doit satisfaire, est ainsi rédigé:

«1. La demande d'enregistrement d'une marque doit comporter, au moins: une requête demandant l'enregistrement de la marque; l'identité du demandeur; la reproduction de la marque; la liste des produits ou services pour lesquels l'enregistrement est demandé.

4 — JO L 303, p. 1.

[…]»

15. L'article 13 de la loi 17/2001 sur les marques énonce:

«1. La date de dépôt de la demande est la date à laquelle l'organe compétent, tel que défini à l'article 11, reçoit les documents qui contiennent les éléments visés à l'article 12, paragraphe 1.

2. La date de dépôt des demandes présentées auprès d'un bureau de poste est le moment auquel ce bureau reçoit les documents qui contiennent les éléments visés à l'article 12, paragraphe 1, pour autant que ces documents soient présentés dans une enveloppe ouverte, par courrier recommandé et avec accusé de réception, adressé à l'organe compétent pour recevoir la demande. Le bureau de poste indique le jour, l'heure et la minute du dépôt de la demande.

3. Dans l'hypothèse où l'un des organes ou unités administratives visés aux paragraphes ci-dessus aurait omis de faire état, au moment de la réception de la demande, de l'heure du dépôt de celle-ci, il est attribué à ladite demande la dernière heure du jour. S'il n'est pas fait état de la minute du dépôt, celui-ci se voit attribuer la dernière minute de l'heure. S'il n'est fait état ni de l'heure ni de la minute du dépôt, celui-ci se voit attribuer la dernière heure et minute du jour en cause.»

III – Le litige au principal, la question préjudicielle et la procédure devant la Cour

16. Génesis Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (ci-après «Génesis») a déposé auprès de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI), par voie électronique, deux demandes d'enregistrement de marques communautaires: la marque verbale RIZO nº 3 543 361, dans les classes 16, 28, 35 et 36 de l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques du 15 juin 1957, tel que révisé et modifié (ci-après la «la classification de Nice») et la marque verbale RIZO, EL ERIZO nº 3 543 386, dans les classes 16, 35 et 36 de ladite classification.

17. La juridiction de renvoi souligne que, à la lumière des preuves qui lui ont été présentées, la transmission[5] à l'OHMI des demandes électroniques pour ces deux marques communautaires a eu lieu respectivement à 11 h 52 et à 12 h 13 dans la matinée du 12 décembre 2003.

18. Il ressort également de la décision de renvoi que, à 17 h 45 de ce même 12 décembre 2003, la société Pool Angel Tomas SL a demandé auprès de l'Oficina Española de Patentes y Marcas (ci-après l'«OEPM») l'enregistrement en Espagne de la marque verbale RIZO'S, nº 2 571 979-3, dans la classe 28 de la classification de Nice.

19. Génesis a fait opposition à la demande d'enregistrement de la marque nationale RIZO'S susvisée, en se prévalant de son droit de priorité sur la base des marques communautaires RIZO nº 3 543 361 et RIZO, EL ERIZO nº 3 543 386.

20. Par décision du 9 décembre 2004, l'OEPM a rejeté l'opposition en estimant que les marques invoquées n'étaient pas prioritaires par rapport à la marque demandée et a octroyé l'enregistrement de la marque RIZO'S.

21. Génesis a introduit une réclamation tendant à ce que l'OEPM constate la priorité des marques communautaires dont elle est titulaire, en se fondant sur la circonstance que la demande d'enregistrement de ces marques communautaires avait été déposée, par voie électronique, le 12 décembre 2003 et que cette date devait être prise en considération à cet effet.

5 — Et non la réception ni l'enregistrement par l'OHMI.

22. Par décision du 29 juin 2005, l'OEPM a rejeté cette réclamation, en soulignant que la date de dépôt des marques communautaires appartenant à la requérante était postérieure à la date de dépôt de la marque espagnole RIZO'S, dès lors que, sur la base de l'article 27 du règlement nº 40/94, la date de dépôt retenue au sujet des demandes des marques communautaires n'a été fixée qu'au 7 janvier 2004.

23. Saisie d'un recours formé par Génesis contre cette dernière décision, la deuxième section de la chambre du contentieux administratif du Tribunal Superior de Justicia de Madrid a confirmé, par arrêt du 7 février 2008, le bien-fondé de l'octroi de la marque espagnole demandée, RIZO'S. Cette juridiction a estimé que la date de dépôt des marques communautaires opposées était la date de la production effective de la documentation, et non le 12 décembre 2003, date de la présentation de la demande par voie électronique.

24. Dans son pourvoi contre l'arrêt du 7 février 2007, Génesis conteste, en premier lieu, l'interprétation du Tribunal Superior de Justicia de Madrid relative à la date de dépôt de la demande des marques communautaires, et indique que l'interprétation correcte des articles 26 et 27 du règlement nº 40/94 conduirait à considérer comme date de dépôt des demandes la date à laquelle elles ont été transmises à l'OHMI et reçues par celui-ci, à savoir le 12 décembre 2003. En second lieu, Génesis estime que, en n'ayant pas retenu la priorité des marques communautaires RIZO nº 3 543 361 et RIZO, EL ERIZO nº 3 543 386, le Tribunal Superior de Justicia de Madrid aurait violé l'article 6, paragraphe 2, de la loi 17/2001 sur les marques, qui prévoit, aux points a) et c), que sont prioritaires les demandes de marques communautaires dont la date de dépôt est antérieure aux demandes d'enregistrement présentées auprès de l'OEPM.

25. Le Tribunal Supremo fait observer que, tout en prévoyant que la date de dépôt de la demande de marque communautaire est celle à laquelle cette demande est présentée auprès de l'OHMI ou auprès des organismes visés par cette disposition, l'article 27 du règlement nº 40/94 n'établit aucun autre ordre de présentation lorsque les dépôts ont lieu le même jour. Or, le critère utilisé en Espagne pour déterminer la priorité des marques lorsque le jour du dépôt des demandes coïncide consiste à accorder une préférence en fonction de l'heure et de la minute du dépôt auprès de l'OEPM.

26. Dans ces conditions, le Tribunal Supremo a décidé de surseoir à statuer et de soumettre à la Cour la question préjudicielle suivante:

«L'article 27 du règlement [nº 40/94] peut-il être interprété de telle manière que l'on puisse tenir compte, non seulement de la date, mais aussi de l'heure et de la minute du dépôt de la demande d'enregistrement d'une marque auprès de l'OHMI, pour autant qu'il ait été fait état d'une telle donnée, afin de déterminer la priorité temporelle par rapport à une marque nationale déposée à la même date, lorsque la réglementation nationale qui régit l'enregistrement de cette dernière marque considère que l'heure du dépôt est un élément pertinent?»

27. Cette demande a été enregistrée au greffe de la Cour le 16 avril 2010. Des observations écrites ont été déposées par Génesis, par les gouvernements espagnol, italien et hellénique, ainsi que par la Commission européenne.

IV – Sur la question préjudicielle

A – *Observations générales sur le système de la marque*

28. À titre liminaire, je souhaiterais souligner les caractéristiques du système de la marque, à savoir, d'une part, sa dimension internationale par nature et, d'autre part, sa nécessaire limitation territoriale. En outre, il convient de tenir compte de l'existence de divers systèmes de protection de la marque au nombre desquels figure celui de l'Union [6] .

29. Les traits caractéristiques de la marque ressortent déjà des travaux entourant la conclusion de la convention de Paris [7]. S'agissant de la détermination du régime applicable à la protection de la propriété industrielle, la première proposition consistant en l'adoption d'une législation supranationale uniforme a été rejetée comme utopiste et irréaliste. La deuxième proposition tendant à l'adoption de règles de conflit de lois en vertu desquelles il conviendrait d'appliquer le droit du pays de l'origine de l'invention ou de l'enregistrement de la marque a été considérée comme inéquitable. Conformément à l'article 2 de la convention, ses auteurs ont opté donc pour la troisième proposition du principe du traitement national [8]. En vertu du principe de territorialité (lex loci protectionis), les effets juridiques d'une marque sont limités au territoire de l'État dans lequel elle est protégée [9].

30. En droit de l'Union, le droit des marques constitue un élément essentiel du système de concurrence non faussé. Dans ce système, chaque entreprise doit, afin de s'attacher une clientèle par la qualité de ses produits ou de ses services, être en mesure de faire enregistrer en tant que marques des signes permettant au consommateur de distinguer sans confusion possible ces produits ou ces services par rapport à ceux qui ont une autre provenance [10].

31. L'harmonisation des législations dans le domaine du droit des marques s'appuie sur deux séries de textes appliqués parallèlement, mais néanmoins liés à plusieurs égards. Il s'agit, d'une part, du système de la marque communautaire, c'est-à-dire le droit de propriété industrielle prévu par le règlement nº 40/94, qui a instauré un droit des marques uniforme, s'appliquant à l'ensemble du territoire de l'Union. D'autre part, par le biais de la directive 89/104, le législateur de l'Union a entrepris un effort de rapprochement des législations nationales sans pour autant revenir sur le principe de territorialité, c'est-à-dire sur le lien entre les effets juridiques d'une marque et le territoire de l'État membre en question.

32. Il convient, toutefois, de souligner que, aux termes du cinquième considérant du règlement nº 40/94, le droit communautaire des marques ne se substitue pas aux droits des marques des États membres. Les marques nationales subsistent parce qu'elles sont jugées nécessaires aux entreprises ne souhaitant pas opter pour une protection de leur marque à l'échelle de l'Union [11].

6 — Müller, B. K., *Multinational Trademark Registration Systems,* Bern 2002.

7 — Il convient de souligner que, aux termes du douzième considérant 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), tous les États membres de la Communauté sont liés par la convention de Paris, de sorte qu'il est nécessaire que les dispositions de ladite directive soient en harmonie complète avec celles de la convention de Paris.

8 — Beier, F.-K., «One Hundred Years of International Cooperation — The Role of the Paris Convention in the Past, Present and Future», *International Review of Industrial Property and Copyright Law,* vol. 15, nº 1-6/1984, p. 1.

9 — Sabatier, M., *Pratique de la marque internationale*, Institut de Recherche en Propriété intellectuelle Henri-Desboi, Année 2007, nº 8. Voir, à cet égard, conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire Budějovický Budvar, pendante devant la Cour (C-482/09, points 50 et suiv.).

10 — Voir, en ce sens, arrêts du 4 octobre 2001, Merz & Krell (C-517/99, Rec. p. I-6959, points 21 et 22); du 12 novembre 2002, Arsenal Football Club (C-206/01, Rec. p. I-10273, points 47 et 48); du 17 mars 2005, Gillette Company et Gillette Group Finland (C-228/03, Rec. p. I-2337, point 25); du 26 avril 2007, Alcon/OHMI (C-412/05 P, Rec. p. I-3569, points 53 et 54), ainsi que du 14 septembre 2010, Lego Juris/OHMI (C-48/09 P, Rec. p. I-8403, point 38).

11 — Bonet, G., «La marque communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen,* nº 1, 1995, p. 59.

33. La marque communautaire vient donc compléter les systèmes de protection nationaux. Comme l'indiquent les premier et troisième considérants de la directive 89/104, celle-ci vise une harmonisation partielle, limitée aux dispositions nationales ayant l'incidence la plus directe sur le fonctionnement du marché intérieur [12].

34. La protection des marques se caractérise donc, au sein de l'Union, par la coexistence de plusieurs régimes de protection, ce qui peut conduire à une multiplication des dépôts de marque et, comme nous le verrons, dans des cas exceptionnels, à l'existence d'enregistrements valides concurrents.

B – *Sur l'enregistrement et la date de dépôt de la marque en droit de l'Union*

35. S'agissant de l'enregistrement de la marque communautaire, les dispositions du règlement nº 40/94 attachent au dépôt de ladite marque des conséquences à différents égards.

36. Premièrement, conformément à l'article 46 du règlement nº 40/94, la période de protection de la marque d'une durée de dix ans commence à courir à partir de la date de dépôt. Deuxièmement, ainsi qu'il ressort de l'article 8, paragraphe 2, sous a) et b), du règlement nº 40/94, la date de dépôt de la demande, telle qu'elle est définie à l'article 27 du même règlement, détermine la priorité d'une marque par rapport à une autre [13]. Troisièmement, la date de dépôt est pertinente pour apprécier le caractère distinctif d'une marque susceptible d'avoir été acquis par un usage antérieur au dépôt de la demande au sens de l'article 7, paragraphe 3, du règlement nº 40/94. Enfin, le moment du dépôt de la demande d'enregistrement entre en jeu aux fins de l'appréciation de l'existence de la mauvaise foi du demandeur, au sens de l'article 51, paragraphe 1, sous b), du règlement nº 40/94, dans le cadre de la détermination des causes de nullité absolue de la marque [14].

37. Il s'en suit que la détermination précise de la date de dépôt constitue un élément constitutif du système de la marque communautaire. Dans la mesure où le présent renvoi préjudiciel vise la détermination du sens et de la portée de l'article 27 du règlement nº 40/94, il convient, tout d'abord, de déterminer la nature de la notion de «date de dépôt» au sens de cette disposition.

38. Force est de constater, à titre liminaire, que la convention de Paris ne comporte pas de règles matérielles régissant les conditions du dépôt, mais prévoit, au contraire, dans son article 4 A, paragraphe 2, que la régularité des dépôts est déterminée par la législation nationale de chaque pays de l'Union ou par les traités bilatéraux ou multilatéraux conclus entre eux. En effet, alors même que ladite convention précisait que les États contractants se constituaient à l'état d'Union pour la protection de la propriété industrielle, cette même convention comportait plusieurs dispositions imposant auxdits États de légiférer dans le domaine de la propriété industrielle ou leur permettant de le faire [15].

12 — À titre d'illustration de cette limitation, voir conclusions de l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire Anheuser-Busch/Budějovický Budvar, pendante devant la Cour (C-96/09 P, point 79). En outre, la Cour a déjà jugé que l'harmonisation partielle n'exclut pas que l'harmonisation relative, notamment, aux dispositions nationales ayant l'incidence la plus directe sur le fonctionnement du marché intérieur soit complète. Voir arrêts du 16 juillet 1998, Silhouette International Schmied (C-355/96, Rec. p. I-4799, point 23), et du 11 mars 2003, Ansul (C-40/01, Rec. p. I-2439, point 27).

13 — La date du dépôt est donc pertinente afin de déterminer la «marque antérieure» au sens de l'article 8 du règlement nº 40/94, ainsi que les marques dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande de marque [conformément à l'article 4, paragraphe 2, sous a), i), de la directive nº 89/104].

14 — Voir, à cet égard, arrêt du 11 juin 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (C-529/07, Rec. p. I-4893).

15 — Bodenhausen, G. H. C., *Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle,* BIRPI, 1969, p. 11.

39. En revanche, le règlement nº 40/94 contient une disposition spécifique régissant les conditions de dépôt de la marque communautaire. En effet, aux termes de l'article 27 dudit règlement, la date de dépôt de la demande de marque communautaire est celle à laquelle le demandeur a produit à l'OHMI ou, si la demande a été déposée auprès du service central de la propriété industrielle d'un État membre ou auprès du Bureau Benelux des marques, à celui-ci, des documents qui contiennent les éléments visés à l'article 26, paragraphe 1, sous réserve du paiement de la taxe de dépôt, dans un délai d'un mois à compter de la production des documents susvisés [16].

40. Il ressort donc de l'article 27 du règlement nº 40/94 que ladite disposition ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres.

41. À cet égard, conformément à une jurisprudence constante, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause [17].

42. Dans le cadre de l'enregistrement d'une marque communautaire, les enregistrements de marques nationales antérieures sont à prendre en considération en tant que faits juridiquement pertinents, auxquels la réglementation de l'Union attache des conséquences juridiques déterminées.

43. Il s'ensuit que l'OHMI n'est tenu ni de faire siennes les exigences et l'appréciation de l'autorité compétente en matière de marques du pays d'origine ni d'enregistrer la marque demandée du fait de l'existence des décisions d'enregistrement des offices des brevets et des marques nationaux [18].

44. Par conséquent, je considère que la détermination de la «date de dépôt» d'une marque communautaire est une question régie exclusivement par le droit de l'Union, qui tient compte, à cet égard, des conventions internationales pertinentes. Dans la mesure où le règlement nº 40/94 ne donne pas de définition légale de l'expression «date de dépôt», il convient de rechercher la portée et le sens de cette expression dans ledit règlement.

C – *Sur la date de dépôt de la demande dans le cadre du litige au principal*

45. Avant d'entamer l'analyse de la notion clé pour la présente procédure, il me faut relever, à la lecture de la décision de renvoi, l'incertitude qui semble entourer un élément factuel au cœur du litige au principal, à savoir la détermination du jour de dépôt des demandes des marques en cause [19].

46. En effet, il ressort de la décision de renvoi que les deux demandes de marques verbales communautaires RIZO et RIZO, EL ERIZO, ont été présentées auprès de l'OHMI, par voie électronique, le 12 décembre 2003. La juridiction de renvoi s'interroge toutefois sur le point de savoir si cette date de transmission par voie électronique doit être considérée comme la date de dépôt faisant foi de la marque communautaire.

16 — Il convient de noter que le principe d'un dépôt international unique fondé cependant sur un enregistrement de la marque dans le pays d'origine a été introduit par l'arrangement de Madrid du 14 avril 1891 et par le protocole de Madrid du 27 juin 1989 sur les marques internationales. Voir Sabatier, M., *Pratique de la marque internationale,* p. 5 à 7.

17 — Voir, ex multis, arrêts du 6 février 2003, SENA (C-245/00, Rec. p. I-1251, point 23), et du 21 octobre 2010, Padawan (C-467/08, Rec. p. I-10055, point 32).

18 — Voir, en ce sens, arrêts du 25 octobre 2007, Develey/OHMI (C-238/06P, points 71 à 73), et du 17 décembre 2010 Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/OHMI (Forme d'un lapin en chocolat) (T-395/08).

19 — La décision de renvoi ne se prononce pas de manière définitive sur cet élément de fait et les observations déposées par Génesis ne sont pas exemptes d'ambiguïté sur ce point. Dans ses observations écrites, seule la Commission a produit les annexes qui plaident en faveur d'une thèse selon laquelle la date de dépôt est le 12 décembre 2003.

47. Il ressort de la décision de renvoi que le recours formé par Génesis contre la décision litigieuse de l'OEPM a été rejeté par un arrêt du Tribunal Superior de Justicia de Madrid essentiellement au motif que la date de dépôt des marques communautaires opposées serait le 7 février 2004, date de la production effective de la documentation, et non le 12 décembre 2003, date de la présentation de la demande par voie électronique.

48. À cet égard, il convient de relever que l'OHMI met à la disposition des usagers un service de dépôt électronique («e-filing») leur permettant de présenter leurs demandes de marque communautaire en ligne. Ce service offre plusieurs avantages, parmi lesquels figure la garantie de la date de dépôt au sens de l'article 27 du règlement nº 40/94.

49. Eu égard au libellé de cette disposition, il y a lieu de retenir que la date de présentation de la demande par voie électronique accompagnée par tous les documents requis par le règlement nº 40/94 et suivie du paiement de la taxe dans un délai d'un mois doit être considérée comme la date de dépôt au sens de l'article 27 dudit règlement. En effet, l'OHMI a fourni aux intéressés les moyens techniques nécessaires afin d'annexer les documents requis [20].

50. En revanche, dans l'hypothèse d'une simple présentation par voie électronique d'une demande d'enregistrement ne donnant pas lieu au dépôt concomitant des documents requis, la date de dépôt au sens de l'article 27 du règlement nº 40/94 sera celle à laquelle toute la documentation requise sera effectivement déposée auprès de l'OHMI. Il s'agit donc d'une date postérieure à la présentation de ladite demande par voie électronique.

51. Dès lors, aux fins de l'application de l'expression «la date de dépôt» au sens de l'article 27 du règlement nº 40/94, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier quelle a été la date de la production effective de l'intégralité des documents requis par Génesis, aux fins de ses demandes d'enregistrement, puis du paiement de la taxe.

52. Ce n'est qu'après avoir traité de cet aspect qu'il est utile d'aborder les aspects temporels plus précis évoqués par la juridiction de renvoi.

D – *Sur la prise en compte de l'heure et de la minute dans le cadre de l'application de la notion de «date de dépôt» au sens du règlement nº 40/94*

53. Par sa question, la juridiction de renvoi s'interroge en substance sur le point de savoir s'il est possible de prendre en compte, aux fins de l'application de l'article 27 du règlement nº 40/94, de l'heure et de la minute du dépôt de la demande d'enregistrement, dès lors que ces éléments peuvent contribuer à déterminer une éventuelle priorité par rapport à une marque nationale dont l'enregistrement a été demandé le même jour. En effet, dans une telle hypothèse de coïncidence des dates de dépôt, le droit espagnol définit la priorité des marques en fonction de l'heure et de la minute du dépôt.

54. Cette question a donc trait au principe de priorité en vertu duquel un droit antérieur permet de s'opposer à l'ensemble des signes postérieurs qui sont en conflit avec celui-ci [21]. La procédure d'opposition engagée sur le fondement du droit national par Génesis vise, ainsi, à établir que ses deux marques communautaires sont des «marques antérieures» au sens de la législation nationale, laquelle reprend la définition de l'antériorité visée par le règlement nº 40/94 [22].

20 — Voir http://oami.europa.eu/help/html/help_fr.html. Il semble que l'OHMI n'enregistre pas officiellement l'heure et la minute du dépôt de la marque. En conséquence, les précisions à ce sujet fournies par la juridiction de renvoi ne sont pas fondées sur les données enregistrées par l'OHMI. En effet, ni le Bulletin des marques communautaires (http://oami.europa.eu/bulletin/ctm/ctm_bulletin_en.htm) ni la banque de données de l'OHMI (CTM online) ne font mention de l'heure ou de la minute du dépôt.

21 — Aux termes de l'article 6 de la loi nº 17/2001 sur les marques, des signes ne peuvent pas être enregistrés s'ils sont identiques à une marque antérieure ou s'il existe un risque de confusion. Voir articles 4, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 84/104.

22 — Voir article 8, paragraphe 2, du règlement nº 40/94.

55. L'analyse de la portée de la notion de «date de dépôt» proposée par les parties ayant déposé des observations dans le cadre de la présente procédure diverge substantiellement. À l'instar des gouvernements espagnol, italien ainsi que de la Commission, je suis d'avis que l'heure et la minute de dépôt de la demande de marque communautaire ne constituent pas des éléments pertinents aux fins de l'application de l'article 27 du règlement nº 40/94. En effet, il me semble que la «date de dépôt» se réfère uniquement au «jour civil». Cette dernière notion correspond, selon moi, à un jour calendaire de minuit à minuit, portant le numéro du mois et de l'année conformément au calendrier grégorien, ainsi qu'à un jour correspondant dans les autres systèmes calendaires [23]. Un jour civil peut donc être le même en dépit de variations du temps réel dues aux fuseaux horaires [24].

56. Plusieurs éléments plaident, à mon avis, en faveur de cette interprétation.

57. En premier lieu, j'observe que le système de la convention de Paris à laquelle tous les États membres sont parties a retenu la date entendue comme jour unique ou jour civil comme unité de calcul de base. En effet, la régularité du dépôt n'est appréciée qu'au seul regard de cet élément. Ledit dépôt est considéré comme ayant été effectué dès que, conformément à la législation nationale du pays dans lequel il est intervenu, une demande a été déposée dans le respect des exigences de forme, et même si cette demande était incomplète ou incorrecte quant à la forme, elle suffit à établir la date du dépôt [25].

58. À cet égard, il convient de souligner que l'introduction de cette unité de calcul de base a été intimement liée à ce qu'il est convenu d'appeler la «priorité unioniste» adoptée par la convention de Paris aux termes de laquelle celui qui dépose dans un autre pays une marque dans un délai de six mois à compter du dépôt de sa marque dans son pays d'origine y bénéficie de la date de protection initiale qu'il avait obtenue dans le pays d'origine [26]. En effet, en vertu de l'article 4 C, paragraphe 2, de ladite convention, le délai de six mois commence à courir à compter de la date de dépôt de la première demande, le jour du dépôt n'étant pas compris dans le délai. Par conséquent, l'heure et la minute du dépôt n'ont aucune pertinence aux fins du calcul du délai de la priorité [27].

23 — Voir, à cet égard, article 4, paragraphe 2, du règlement (CEE, Euratom) nº 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes (JO L 124, p. 1), dont il ressort que l'entrée en vigueur, la prise d'effet ou la mise en application des actes du Conseil ou de la Commission — ou de dispositions de ces actes — fixées à une date déterminée interviennent au début de la première heure du jour correspondant à cette date. Voir arrêt du Tribunal du 20 juin 2001, Ruf et Stier/OHMI (Image «DAKOTA») (T-146/00, Rec. p. II-1797, points 23, 27 et 55).

24 — Comme le montre, par exemple, la célébration du nouvel an à travers le monde.

25 — Aux termes de l'article 4, point A, paragraphe 3, de la convention de Paris, ladite convention entend par dépôt national régulier tout dépôt qui suffit à établir la date à laquelle la demande a été déposée dans le pays en cause. Voir Bodenhausen, G. H. C., *Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, op. cit., p. 42.

26 — L'article 4 de la convention de Paris prévoit un délai de six mois durant lequel le demandeur d'une marque dans un des pays de l'Union peut solliciter la même marque dans les autres pays de l'Union, sans que la ou les demandes postérieures ne soient affectées par d'éventuelles demandes ayant le même objet introduites par des tiers. Le droit de priorité confère ainsi au demandeur d'une marque une immunité limitée dans le temps par rapport aux demandes concernant la même marque que des tiers pourraient présenter pendant le délai de la priorité. Voir arrêt du Tribunal du 15 novembre 2001, Signal Communications/OHMI (TELEYE) (T-128/99, Rec. p. II-3273, points 36 à 40).

27 — En ce qui concerne le calcul du délai de priorité, le même calcul s'applique au niveau international aux brevets (le jour du dépôt de la demande antérieure n'est pas compris dans ce délai. Voir règle 2.4 du règlement d'exécution : http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r2.htm#_2_4).

59. Le règlement nº 40/94 contient des règles propres qui suivent le système de la convention en consacrant, à l'article 29, un droit de priorité qui inclut les enregistrements demandés dans un des États parties à la convention ou dans un des États parties à l'accord établissant l'Organisation mondiale du commerce [28]. Par l'effet du droit de priorité, les droits attachés à la marque communautaire sont censés apparaître dès la date de priorité, c'est-à-dire au jour du dépôt de la demande nationale [29].

60. Je considère en conséquence qu'il n'est pas possible de préciser davantage la date de dépôt visée à l'article 27 du règlement nº 40/94. Cela me paraît d'autant plus impossible que cette notion s'est vu attribuer une fonction précise dès l'origine, dans le cadre de l'application du principe de priorité susvisé, non seulement à l'échelle de l'Union, mais aussi aux fins de l'application de règles internationales sur les effets d'enregistrement des marques. Il convient de rappeler à cet égard que la marque antérieure est également susceptible d'être protégée par le biais d'un enregistrement international [30].

61. Certes, il ressort des indications figurant sur le site de l'OHMI que la date du dépôt est celle à laquelle les documents visés à l'article 26 sont déposés auprès de l'OHMI, heure d'Europe centrale (GMT +1) [31]. Je considère, toutefois, que l'heure qui y est indiquée sert à déterminer la date du dépôt auprès de l'OHMI et non à accorder une priorité temporelle fondée sur l'heure et la minute de dépôt.

62. Cette thèse est également confirmée par l'interprétation littérale du libellé de l'article 27 du règlement nº 40/94 qui se borne à viser la «date». De surcroît, il ressort de la règle 5 du règlement nº 2868/95, que l'OHMI appose, sur les documents dont se compose la demande, uniquement la date de réception et le numéro de dossier attribué à la demande. Il délivre sans délai au demandeur un récépissé sur lequel figurent au moins le numéro de dossier, ainsi que la date de réception de la demande.

63. En deuxième lieu, une interprétation consistant à ne pas prendre en compte l'heure et la minute de dépôt est également corroborée par la finalité et la nature de la législation de l'Union. Ainsi que je l'ai déjà exposé aux points 30 à 34 et 39 à 43 des présentes conclusions, l'objectif du règlement nº 40/94 n'était pas de rapprocher le droit des États membres, mais de créer un droit de propriété industrielle unique valable dans toute l'Union. De surcroît, eu égard à la nature autonome des notions du droit de l'Union figurant dans le règlement nº 40/94, les solutions juridiques adoptées dans le droit national ne sauraient être prises en compte aux fins de l'interprétation du régime de la marque communautaire. Enfin, ainsi que l'indique à juste titre la Commission, une telle approche est confirmée par une lecture combinée des articles 14 et 97 dudit règlement dès lors qu'il en ressort que l'applicabilité du droit national est limitée aux questions qui ne relèvent pas du champ d'application du règlement nº 40/94.

64. En troisième lieu, il convient de souligner la pertinence de l'article 32 du règlement nº 40/94, dont il découle que le dépôt de marque communautaire vaut dépôt de marque nationale dans les États membres, pour déterminer au besoin le droit attaché à la demande de marque communautaire. Cet article ne se réfère qu'à la date du dépôt.

28 — Le droit de priorité naît de la demande de marque présentée antérieurement dans un des États susmentionnés et constitue un droit autonome dans la mesure où il subsiste indépendamment du sort ultérieur de ladite demande. Lorsque la demande de marque communautaire est assortie d'une revendication de priorité, ledit droit devient un élément essentiel de cette demande puisqu'il détermine l'une de ses caractéristiques essentielles, à savoir que sa date de dépôt est la date à laquelle la demande antérieure a été présentée, aux fins de la détermination de l'antériorité des droits. Voir arrêt Signal Communications/OHMI (précité à la note 27).

29 — Si les conditions requises sont réunies, la marque communautaire prend effet rétroactivement au jour de la date de dépôt de la marque revendiquée. Bonet, G., «La marque communautaire», op. cit.

30 — Voir article 8, paragraphe 2, sous a), iii), du règlement nº 40/94 ainsi que article 8, paragraphe 2, sous a), iv), du règlement (CE) nº 207/2009 qui se réfèrent aux marques qui ont fait l'objet d'un enregistrement international ayant effet dans la Communauté.

31 — http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/QPLUS/forms/electronic/fileApplicationCTM.fr.do

65. Ainsi que le fait observer le gouvernement espagnol, l'article 32 du règlement nº 40/94 ne modifie pas la notion communautaire de date de dépôt ni ne suppose une application subsidiaire du droit national, mais se contente de reconnaître aux demandes de marques communautaires présentées auprès de l'OHMI la même valeur juridique que celles présentées auprès des offices nationaux. Si, en dépit du libellé de l'article 27 du règlement nº 40/94, la Cour optait pour une interprétation extensive de cette disposition, cela conduirait à placer tous les demandeurs de marques devant l'obligation de les enregistrer auprès de l'OHMI afin de garantir leur droit de priorité non seulement par rapport à d'autres marques nationales, mais également par rapport à d'autres marques communautaires, ce qui serait contraire au principe selon lequel la marque communautaire ne se substitue pas aux marques nationales.

66. En dernier lieu, il est essentiel de relever l'existence de plusieurs difficultés pratiques qui seraient liées à l'application de la priorité en temps réel au lieu de l'application de la notion du jour civil dans le cadre du système de la marque communautaire.

67. Tout d'abord, l'existence de fuseaux horaires variés dans l'ensemble de l'Union me paraît, à l'heure actuelle, rendre impossible la détermination de la priorité de la marque communautaire en temps réel. En effet, le territoire de l'Europe s'étend sur quatre fuseaux horaires [32].

68. Eu égard à cette diversité, la prise en compte de l'heure et de la minute de dépôt d'une demande de marque impliquerait de déterminer une règle de conflit temporelle entre plusieurs systèmes nationaux. Il ne saurait être exclu que la priorité en temps réel conduise également à une certaine confusion, compte tenu de la pluralité des moyens de communication ainsi que de la diversité de leur qualité au sein de plusieurs États membres [33]. Afin de mettre un terme à cette confusion, il conviendrait non seulement d'enregistrer l'heure et la minute de la demande, mais également de s'assurer que les systèmes informatiques dont disposent les autorités nationales suivent exactement le temps atomique ou le temps universel [34].

69. Ainsi, le problème de la date de dépôt serait inutilement transformé en un débat sur des unités nominales, voire réelles. Ainsi, par exemple, le 1er janvier à 0 h 30 en Finlande correspond, en temps réel, au 31 décembre 23 h 30 dans la majorité des États membres.

70. Certes, la possibilité d'un enregistrement électronique est appliquée dans plusieurs États membres [35]. Il me semble toutefois qu'il convient de distinguer entre la possibilité d'un dépôt de la demande électronique et l'établissement d'un système de priorité en temps réel. En effet, l'introduction par l'OHMI ou par certains États membres d'une possibilité d'un dépôt électronique, afin de moderniser et faciliter l'accès à la protection de la propriété industrielle, n'implique pas nécessairement la prise en compte de l'heure et de la minute de dépôt de la demande d'enregistrement afin d'établir l'antériorité de la marque [36].

32 — Voir recommandation nº 1432 (1999) du Conseil de l'Europe relative au respect du système des fuseaux horaires européens, disponible à l'adresse http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta99/frec1432.htm#1. Afin de comparer lesdits fuseaux voir: http://europa.eu/travel/time/index_fr.htm#tzone.

33 — Il suffit de citer à cet égard la décision de renvoi dont il ressort que les demandes ont été déposées à 11h52 et 12h13 respectivement, tandis que la décision litigieuse de l'OEPM précise que les demandes ont été déposées à 11h31.

34 — Le temps civil, désormais défini par le temps des horloges atomiques, est appelé «temps universel coordonné» (TUC). Le jour TUC est d'environ 0,9 seconde plus long que le jour moyen.

35 — Selon mes recherches non exhaustives, les États suivants prévoient une telle possibilité: Royaume de Belgique, République thèque, Royaume de Danemark, Royaume d'Espagne, République française, Grand-Duché de Luxembourg, Royaume des Pays-Bas, République portugaise, République de Finlande, Royaume de Suède et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Voir http://www.wipo.int/directory/en/urls.jsp.

36 — À titre d'exemple, il est tout à fait envisageable que, compte tenu des horaires limités d'ouverture des guichets des offices de marques nationaux, un envoi électronique réalisé à 23 h débouche sur l'enregistrement de la demande le jour suivant, voire le jour même, et non un enregistrement en temps réel, aux fins de l'établissement de la priorité par rapport à une autre marque communautaire ou nationale. Ainsi que je l'ai souligné dans la note 20, l'OHMI ne semble pas enregistrer officiellement l'heure et la minute du dépôt de la marque.

71. Par conséquent, je considère que la prise en compte de l'heure et la minute aux fins de la détermination de l'antériorité d'une marque au sens de l'article 27 du règlement nº 40/94 ne serait possible qu'après avoir établi un système uniforme des procédures administratives d'enregistrement électronique de marques tant communautaires que nationales dans toute l'Union. Ceci impliquerait également l'application du système de l'heure universelle, à savoir l'harmonisation complète des systèmes de temps légaux des États européens. Il va de soi que l'instauration d'un tel système devrait être clairement prévue dans la réglementation de l'Union ainsi que dans les droits nationaux des États membres [37] et ne saurait résulter de la jurisprudence.

72. À cet égard, il convient d'observer encore que l'article 27 du règlement nº 207/2009, relatif à la date de dépôt, est rédigé dans des termes identiques à ceux de l'article correspondant du règlement nº 40/94 qui fait l'objet de la présente question préjudicielle. Il s'ensuit que le législateur de l'Union n'a toujours pas apporté de précision quant à l'heure et la minute de dépôt.

73. À titre subsidiaire, je souhaite encore relever que le règlement (CE) nº 6/2002 [38] ne prévoit pas non plus de mention de l'heure et de la minute au sujet de la date de dépôt de la demande d'enregistrement d'un dessin ou modèle communautaire. En outre, en vertu dudit règlement, le demandeur d'un dessin ou modèle communautaire enregistré jouit, sous certaines conditions, d'un droit de priorité. Celui-ci a pour effet que la date de priorité est considérée comme correspondant à la date de dépôt de la demande d'enregistrement d'un dessin ou modèle communautaire [39].

74. Eu égard aux considérations qui précèdent, si l'on devait admettre, d'une part, que les demandes de marques en cause ont été déposées le même jour et, d'autre part, que la prise en compte de l'heure et de la minute doit être exclue, il s'ensuivrait que les deux marques en cause pourraient, en principe, être enregistrées. Se poserait donc la question de la coexistence de la marque nationale avec la marque communautaire.

E – *Sur la coexistence des marques sur le marché*

75. La coexistence de deux enregistrements concurrents de marques identiques constitue un phénomène connu et parfois inévitable dans l'Union. Il s'agit incontestablement d'une situation imparfaite résultant du caractère multinational et diversifié des systèmes de protection de la marque ainsi que de la diversité des entreprises titulaires de marques.

37 — Les efforts entrepris en matière d'uniformisation temporelle résultent notamment de la directive 2000/84/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 janvier 2001, concernant les dispositions relatives à l'heure d'été (JO L 31, p. 21), qui prévoit que l'avancement de soixante minutes par rapport à l'heure du reste de l'année est calculé dans chaque État membre à 1 h du matin, temps universel, le dernier dimanche du mois de mars. Il convient de mentionner également que, dans le cadre de l'arrangement de Madrid et du protocole de Madrid, des règles précises relatives au moment du dépôt s'appliquent (règle 4 du règlement d'exécution commun à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques et au Protocole relatif à cet Arrangement, intitulée «calcul des délais», disponible à l'adresse suivante: http://www.wipo.int/madrid/fr/legal_texts/common_regulations.htm#rule_4). Au moment d'un dépôt, la détermination de l'heure précise ne fait pas partie des mentions officielles qui figureront sur la demande. En revanche, conformément à l'instruction 11 sur les communications électroniques (Instructions administratives pour l'application de l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques et du Protocole y relatif) disponible à l'adresse suivante: http://www.wipo.int/madrid/fr/legal_texts/admin_instructions.htm#P81_4630, lorsque, en raison du décalage horaire, la date à laquelle la transmission a commencé est différente de la date à laquelle la transmission a été reçue, la date antérieure est considérée comme la date de réception par le Bureau international. Voir Sabatier, M., *Pratique de la marque internationale*, op. cit., p. 26.

38 — Règlement du Conseil, du 12 décembre 2001, sur les dessins ou modèles communautaires (JO 2002, L 3, p. 1).

39 — En vertu de la règle 2 [point 2.4, sous a), du règlement d'exécution du traité de coopération en matière des brevets (PTC) (texte disponible à l'adresse: http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r2.htm#_2_4)], le jour du dépôt de la demande antérieure n'est pas compris dans le délai de priorité. En outre, des règles particulières sont prévues en cas d'expiration du délai un jour chômé ou un jour férié (voir règle 80, point 80.5, disponible à l'adresse: http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r80.htm#_80_5).

76. Il convient de noter que ladite coexistence peut avoir une incidence sur l'issue d'une procédure d'opposition ou d'une demande en nullité d'une marque. Cette issue varie selon qu'il s'agit de la coexistence entre les marques en conflit, ou bien entre la marque antérieure et des marques appartenant, non pas au titulaire de la marque communautaire, mais à des tiers. La coexistence peut, ainsi, être subie par le titulaire du droit antérieur ou convenue par les parties au moyen d'un accord [40].

77. Il est constant que, afin de remédier à ce phénomène, les deux titulaires peuvent recourir à un accord de coexistence pour prévenir tout conflit éventuel [41]. Par ailleurs, les droits nationaux offrent des solutions particulières, telles que le principe de l'usage simultané honnête («honest concurrent use»), dont la légalité du point de vue du droit de l'Union semble contestable [42].

78. Ainsi que la Commission l'a souligné dans ses observations, la coexistence a été connue dès l'instauration de la marque communautaire, dès lors que l'OHMI a enregistré en date du 1er avril 1996, date d'ouverture du registre de marques communautaires, toutes les marques dont l'enregistrement avait été demandé antérieurement [43].

79. En tout état de cause, la possibilité d'enregistrement de marques identiques pour des mêmes produits ou services portant la même date de priorité a toujours existé dans les systèmes fondés sur la convention de Paris. La coexistence, tout en étant peu souhaitable, fait donc partie intégrante de la notion de marque.

V – Conclusion

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre à la question préjudicielle posée par le Tribunal Supremo en ce sens:

«En l'état actuel du droit de l'Union, l'article 27 du règlement (CE) nº 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, exclut qu'il soit tenu compte, au-delà du jour de dépôt de la demande de la marque communautaire, également de l'heure et de la minute dudit dépôt.»

40 — Folliard-Monguiral, «Conditions et effets de la coexistence de marques en droit communautaire», *Propriété industrielle* nº 9, septembre 2006, étude 24.

41 — Elsmore, M. J., «Trade Mark Coexistence Agreements: What is all the (lack of) fuss about?», SCRIPT-ed, vol. 5, nº 1, avril 2008. Un tel accord n'est pas toujours pertinent aux fins de l'appréciation du risque de confusion, voir arrêt du Tribunal du 6 novembre 2007, Omega/OHMI–Omega Engineering (Ω OMEGA) (T-90/05, point 49).

42 — Voir conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire Budějovický Budvar, précitée (C-482/09) dans lesquelles elle invite la Cour a juger que l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/104 s'oppose à l'utilisation simultanée, de bonne foi et de longue durée, de deux marques identiques désignant des produits identiques par deux titulaires différents.

43 — Voir arrêt du Tribunal du 19 octobre 2006, Bitburger Brauerei/OHMI–Anheuser-Busch (BUD) (T-350/04 à T-352/04, Rec. p. II-4255).